

R. 130099
TE
1154

UNIVERSIDAD COMPLUTENSE DE MADRID
FACULTAD DE DERECHO



UNIVERSIDAD COMPLUTENSE



5312300074

LAS OBJECIONES DE CONCIENCIA
EN EL
DERECHO NORTEAMERICANO

DONATIVO

Memoria de Doctorado presentada por
Rafael Palomino Lozano.

Tomo I

Madrid, 1993

SUMARIO

PRESENTACIÓN	i
ABREVIATURAS	1
Abreviaturas de Revistas de Derecho	1
Abreviaturas de colecciones jurisprudenciales	2
I. CONSIDERACIONES INTRODUCTORIAS SOBRE EL TRATAMIENTO JURIDICO DE LA OBJECION DE CONCIENCIA EN EUA	4
1. Aproximación al concepto de objeción de conciencia en el ordenamiento jurídico estadounidense, según la doctrina.	4
2. Tratamiento jurídico de la objeción de conciencia en los Estados Unidos . . .	10
2.2. La vía jurisprudencial en el tratamiento de la objeción de conciencia	16
2.2.1. Primera fase: las cláusulas religiosas y el Tribunal Supremo norteamericano. La doctrina de la "incorporación"	18

2.2.2. Segunda fase: la "Revolución de los Derechos civiles" en el Tribunal Supremo. El <i>balancing test</i> como forma de tratamiento jurisprudencial de	21
2.2.3. Tercera fase: la emergencia de la <i>deference doctrine</i> y la objeción de conciencia	26
2.2.4. Propuestas doctrinales de nuevos criterios jurisprudenciales	28
2.3. Objeción de conciencia y tratamiento legislativo	29
 II. OBJECIÓN DE CONCIENCIA AL SERVICIO MILITAR	 36
1. Introducción	36
2. Legislación en materia de objeción militar.	37
2.1. Legislación anterior a 1948.	38
2.2. La legislación de 1948	42
3. La objeción de conciencia militar y sus elementos bajo la ley del 48.	47
3.1. Naturaleza jurídico-positiva de la objeción de conciencia militar.	47
3.2. Elementos configuradores de la objeción de conciencia militar.	51
3.2.1. La constitución de un <i>prima facie case</i> por parte del objetor. Su incardinación en la doctrina jurisprudencial americana en materia de objeción de conciencia.	51
3.2.2. Las guerras teocráticas y la legítima defensa.	54
3.2.3. La oposición a la participación en la guerra <i>in any form</i>	57
3.2.4. El concepto de objeción "selectiva" o a guerras particulares	58
3.2.5. <i>Religious training and belief</i> . Concepto y alcance.	65
3.2.6. Sinceridad de las creencias. Estimación por los organismos estatales.	74
3.2.7. Servicio militar/civil sustitutorios.	76
3.3. Los órganos administrativos competentes en materia de objeción de conciencia.	81

3.4. La revisión administrativa y judicial de la objeción de conciencia	85
3.4.1. Antes de junio de 1967.	85
3.4.2. Después de junio de 1967.	90
4. La objeción de conciencia sobrevenida en el ordenamiento norteamericano.	93
4.1. Naturaleza del tratamiento legal de la objeción sobrevenida.	93
4.2. El proceso administrativo para la concesión.	95
4.3. Revisión judicial de las resoluciones administrativas.	97
5. Decisiones de la Corte Suprema Norteamericana sobre objeciones conexas con la militar.	101
5.1. Convicciones pacifistas y leyes de nacionalización	101
5.2. Otros supuestos	105
III. OBJECION FISCAL	107
1. Introducción. Formas de objeción fiscal	107
2. Objeción fiscal por motivos pacifistas	110
2.1. Movimientos de objetores	110
2.2. Objeción fiscal por motivos pacifistas en el <i>case law</i>	112
2.2.1. La objeción fiscal desde una perspectiva meramente secular: <i>Farmer v. Rountree</i>	112
2.2.2. Un primer precedente sólido en materia de objeción fiscal: <i>Muste v. Commisioner</i>	113
2.2.3. Objeción fiscal proporcional a los gastos militares. Falta de <i>standing</i> . <i>Autenrieth v. Cullen</i>	118
2.2.4. La reclamación del derecho a un "pago social sustitutorio": <i>Susan Jo Russell</i>	120
2.2.5. La objeción de conciencia al "método" de recaudación de impuestos	122
2.2.6. Nuevas solicitudes de deducciones por gastos bélicos: <i>First</i> <i>v. Commisioner of Internal Revenue</i>	126

2.2.7. Otras decisiones sobre objeción fiscal: <i>Lull v. Commisioner y Collett v. United States</i>	127
2.3. Objeción fiscal por motivos pacifistas en la legislación: <i>The Wordl Peace Tax Fund Act</i>	129
2.3.1. Contenido fundamental del proyecto	130
2.3.2. Evaluación de sus ventajas frente a otras soluciones	132
3. Objeción fiscal y objeción al aborto	134
4. Objeción de conciencia a los impuestos destinados a la Seguridad Social: <i>United States v. Lee</i>	137
 IV. OBJECIONES DE CONCIENCIA LABORALES	142
1. Introducción	142
1.1. La <i>Civil Rights Act</i> de 1964	143
1.2. Litigiosidad sobre discriminación en el empleo y objeción de conciencia	148
2. Los <i>sabbatarian cases</i>	153
2.1. El caso <i>Sherbert</i> : arranque de una protección <i>in crescendo</i>	153
2.2. La aplicación del Título VII reformado a los <i>sabbatarian cases</i> : <i>Drapper v. United States Pipe and Foundry Co.</i>	157
2.3. Elaboración jurisprudencial de un límite a la <i>reasonable accommodation</i> del empleador: <i>TWA v. Hardison</i>	158
2.4. La aplicación de la Enmienda Randolph: una protección más amplia para los <i>sabbatarian</i> en <i>Redmond v. GAF Corp.</i>	164
2.5. La configuración jurisprudencial del término <i>undue hardship</i> : <i>Wren v. T.I.M.E.-D.C., Inc.</i>	166
2.6. Los problemas de los <i>sabbatarian</i> en el acceso al trabajo: <i>Minkus v. Metropolitan Sanitary District</i>	167
2.7. Protección a los <i>sabbatarian</i> desde la legislación estatal: <i>Thornton v. Caldor</i>	170

2.8. La configuración de un tratamiento jurisprudencial específico para los <i>sabbatarian</i> : <i>Protos v. Volkswagen of America</i>	173
2.9. Consolidación de la doctrina jurisprudencial de la Corte Suprema norteamericana en los <i>unemployment cases</i>	177
2.10. La protección jurisdiccional de la objeción de conciencia más allá de la confesionalidad: <i>Frazee v. Employment Security Department</i>	182
3. Objeción de conciencia a las cuotas de los sindicatos	184
3.1. La inicial desprotección de los objetores a las <i>agency fees</i> : <i>Linscott v. Millers Falls Company</i>	186
3.2. La protección de los objetores a las <i>agency fees</i> a través del Título VII: <i>Cooper v. General Dynamics, Convair Aerospace Div.</i> . . .	188
3.3. Nuevas perspectivas en la protección de los objetores	191
3.4. ¿Es inconstitucional el Título VII de la <i>Civil Rights Act</i> ? <i>Nottelson v. Smith Steel Workers D.A.L.U.</i>	193
3.5. La interrelación <i>statute-case law</i> en la reforma de la NLRA: <i>Tooley v. Martin-Marietta Corporation</i>	197
4. Objeción de conciencia a las prácticas religiosas en la empresa	198
4.1. <i>Young v. Southwestern Savings and Loan Association</i>	198
4.2. De nuevo el supuesto choque Título VII-Primera Enmienda de la Constitución: <i>E.E.O.C. v. Townley Engineering and Manufacturing Co.</i>	200
5. Otras formas de objeción en las relaciones laborales	204
5.1. Vestuario religioso y oferta de empleo en <i>EEOC v. Sambo's of Georgia, Inc.</i>	204
5.2. Medidas de seguridad en la empresa y vestuario religioso: <i>Bhatia v. Chevron U.S.A., Inc.</i>	206

V. OBJECION DE CONCIENCIA Y NORMAS ADMINISTRATIVAS . . .	208
1. Introducción	208
2. Objeción de conciencia a los números identificativos de la Seguridad Social	209
3. Empleo de complementos de vestuario de carácter religioso en el ejército: <i>Goldman v. Weinberger</i>	215
4. Negativa a vestir otras prendas distintas de las religiosas en el ámbito de la escuela pública	218
5. Objeción de conciencia y regulación de la seguridad pública y vial	222
5.1. Objeción de conciencia a los lemas en las placas de matrícula de automóviles	222
5.2. Objeción de conciencia a las fotografías en documentos de identidad	227
5.2.1. La aplicación de los tradicionales precedentes a un nuevo problema de objeción de conciencia	227
5.2.2. Una conclusión opuesta a partir de los mismos precedentes jurisprudenciales	230
5.2.3. Los precedentes clásicos en la jurisprudencia federal . . .	234
5.3. Objeción a los triángulos reflectantes en los vehículos de tracción animal	240
VI. OBJECIONES DE CONCIENCIA A TRATAMIENTOS MEDICOS . . .	246
1. Introducción.	246
2. Objeción de conciencia a tratamientos médicos en mayores de edad	248
2.1. La doctrina del <i>informed consent</i>	248
2.2. El requisito procesal de <i>case and controversy</i>	255
2.3. Tratamientos médicos en adulto capaz y sin hijos	258

2.3.1. Confirmación de la regla general contenida en la <i>informed consent</i>	258
2.3.2. Objeción de conciencia <i>versus</i> deontología médica	262
2.3.3. Responsabilidad de los que permiten la aplicación de hemoterapia a un objetor	265
2.3.4. La objeción de conciencia no rompe el nexo de responsabilidad civil del médico	268
2.3.5. La objeción de conciencia no exige del médico criterios de actuación distintos de los usuales en su profesión	270
2.4. Tratamientos médicos en adulto incapaz	273
2.4.1. La <i>substituted judgement doctrine</i>	273
2.4.2. Aplicación de la <i>substituted judgement doctrine</i> a la objeción a tratamientos médicos	274
2.5. Tratamientos médicos en adulto capaz y con hijos	276
2.5.1. Un <i>landmark case</i> en materia de objeción de conciencia a los tratamientos médicos	276
2.5.2. La decisión de un supuesto idéntico a <i>Application of the President and Directors of Georgetown</i> . La relevancia del juicio moral del objetor	282
2.5.3. Sutiles distinciones legales en favor de la vida del objetor	284
2.5.4. La objeción a tratamientos médicos en adultos con hijos, resuelta en "términos económicos"	286
2.5.5. El instrumento de la intervención estatal en protección de los menores	290
2.6. Tratamientos médicos en adulto capaz en beneficio del no nacido	291
2.6.1. Transfusión de sangre a la madre en beneficio del no nacido	292
2.6.2. Operaciones de cesáreas y objeción de conciencia	293
2.6.3. El interés estatal en favor de la ética médica	296
2.6.4. Dudas judiciales para establecer una doctrina segura	298
2.6.5. La objeción de conciencia cede incluso ante el feto aún no viable	300



3. Tratamientos médicos en menores de edad	301
3.1. El criterio fundamental ofrecido por el Tribunal Supremo de los EUA	302
3.2. Aspectos jurídico-civiles: la custodia del menor	305
3.2.1. Transfusión de sangre a un menor recién nacido	306
3.2.2. Tratamientos médicos sin inminente peligro para la vida del menor	310
3.2.3. La objeción de conciencia como factor relevante para confiar la custodia de los hijos	318
3.3. Aspectos jurídico-penales en tratamientos médicos a menores . . .	323
3.3.1. La doctrina de <i>common law</i> en materia criminal	323
3.3.2. Evolución cronológica de la jurisprudencia norteamericana	325
3.4. Los supuestos de <i>compulsory vaccination</i>	339
3.5. Otros problemas colaterales. Excepciones legislativas. Autopsias .	346
4. Conclusiones	351
VII. OBJECION DE CONCIENCIA AL ABORTO	354
1. Introducción	354
2. Estado de la legislación en EUA	355
2.1. La perspectiva constitucional del Tribunal Supremo liberaliza el aborto: <i>Roe v. Wade</i>	355
2.2. El fundamento constitucional de la permisión judicial: el <i>right to</i> <i>privacy</i>	357
2.3. Legislativo vs. Judicial: el desarrollo de la doctrina de la decisión <i>Roe</i>	358
2.3.1. Financiación oficial del aborto	358
2.3.2. Regulación estatal restrictiva del aborto	360
3. Distinciones conceptuales: objeción de conciencia, desobediencia civil, persona jurídica e ideario	367

4. Legislación general de protección de los objetores al aborto	370
4.1. Legislación federal	370
4.2. Legislación de los Estados	372
5. Las cláusulas de conciencia como protección explícita de la objeción al aborto	373
5.1. La cláusula federal	373
5.2. Cláusulas estatales	375
5.3. Características específicas de la protección de la objeción de conciencia al aborto por medio de cláusulas legislativas	376
6. El papel del <i>case law</i> en materia de objeción de conciencia al aborto	378
6.1. Cooperación al aborto	379
6.1.1. Bajo el Título VII de la <i>Civil Rights Act</i>	379
6.1.2. Bajo cláusula de conciencia	381
6.2. Objeción de conciencia sobrevenida a relaciones laborales previas	382
6.2.1. Bajo el Título VII de la <i>Civil Rights Act</i>	382
6.2.2. Bajo cláusula de conciencia	387
6.3. Protección de médicos en hospitales con idearios contrarios al aborto	388
VIII. OBJECION DE CONCIENCIA Y EMPLEO DE DROGAS EN RITUALES RELIGIOSOS	390
1. Introducción.	390
2. Confesiones religiosas y empleo de sustancias psicodélicas en actos de culto.	393
2.1. La <i>Native American Church</i>	393
2.2. La <i>Church of the New Awakening</i>	394
2.3. El movimiento <i>rastafarian</i> y la <i>Ethiopian Zion Coptic Church</i>	395

3. La libertad religiosa como defensa frente a la ley criminal.	396
3.1. Excepciones legislativas en favor de las prácticas religiosas.	396
3.2. Exenciones jurisprudenciales de criminalidad en virtud de la <i>Free Exercise Clause</i> . La jurisprudencia del Estado de California . . .	397
4. Situaciones en las que la libertad religiosa "cede" ante la ley criminal. . . .	401
4.1. Un supuesto de droga "con rostro humano": <i>Leary v. United States</i>	401
4.2. Un caso rocambolesco: <i>United States v. Rush</i>	405
4.3. La "contumaz pertinacia" de Carl Eric Olsen.	407
4.4. Otras decisiones en la materia.	409
5. Límites y supuestos que caracterizan la exención criminal a los efectos de objeción de conciencia.	410
6. Repercusiones de la decisión <i>Smith II</i>	413
IX. OBJECIONES DE CONCIENCIA AL JURAMENTO Y AL JURADO .	416
1. Introducción. Criterio de clasificación	416
2. Objeción de conciencia al jurado	417
2.1. Objeción de conciencia al jurado bajo un régimen ajeno al <i>balancing test</i>	419
2.2. Objeción de conciencia al jurado a la luz de la decisión <i>Sherbert</i> .	420
3. Objeción de conciencia al juramento	425
X. CONCLUSIONES	427
1. Elementos configuradores de la noción de objeción de conciencia en relación su tratamiento jurídico en EUA	428
1.1. Conducta activa u omisiva	428
1.2. Conducta omisiva directa o indirecta	429

1.3. Penalización de la conducta	430
1.4. El tipo de deber requerido por la norma y los fines de la misma	431
1.5. El valor y fin de la llamada "prestación social sustitutoria" y de prestaciones análogas	433
1.6. La objeción de conciencia y la confesionalidad del objetor	437
1.7. Conclusión: "Objeciones de conciencia" y tratamiento jurídico	438
2. Sistemas de tratamiento jurídico de las objeciones de conciencia	439
3. Elementos de especial interés en el tratamiento de las objeciones de conciencia	442
APENDICE DE TERMINOS LEGALES	447
FUENTES LEGALES	453
BIBLIOGRAFIA	484

PRESENTACIÓN

Uno de los fenómenos más llamativos que conoce el Derecho moderno es la objeción de conciencia. En ella, confluyen temáticas tan diversas como la conexión entre ética y derecho, entre ordenamiento jurídico y comportamiento individual, la crisis del positivismo legalista, la difícil conciliación de intereses sociales contrapuestos, la desobediencia al derecho por motivos no estrictamente egoístas... Interrogantes jurídicos tan dispares que exigen, para su puesta en vías de solución, el estudio particularizado de las distintas realidades que en la objeción se esconden, al tiempo que una continua actualización del análisis doctrinal, condicionado por un acelerado proceso de partenogénesis, que diversifica más y más las formas tradicionales de conflictos conciencia *versus* ley.

El ordenamiento norteamericano es buena prueba de estas afirmaciones. Cuando en 1989 me integré en el Proyecto de investigación del Ministerio de Educación y Ciencia "La regulación de las distintas manifestaciones del derecho a la objeción de conciencia en el Derecho Comparado", pude comprobar —a través del material jurisprudencial del que se disponía, y del que después fue obteniéndose— que el verdadero "banco de pruebas" de las objeciones de conciencia era el pluralismo de la sociedad americana y la litigiosidad que sus modalidades continuamente producen en su seno. Me pareció que un análisis a fondo, que recondujera en lo posible a unidad el tratamiento de la objeción de conciencia —hasta ahora disperso e inorgánico— podría ser una contribución de interés en el panorama de la bibliografía sobre el tema.

Sin embargo, las dificultades para llevar a cabo dicha investigación eran patentes. De una parte, era necesario adaptarse a categorías jurídicas disímiles de las habituales, respetando su carácter, su origen y razón de ser. De otra, la existencia en Estados Unidos de una multiplicidad de fuentes jurídicas, y más concretamente, de un cuerpo jurisprudencial nada uniforme: dentro de cada Estado, doctrinas jurisprudenciales diversas —según el grado de los tribunales—, unificadas por el Tribunal Supremo de cada Estado; y a nivel federal, tres grados de jurisdicción, con doctrinas particulares según distritos y circuitos. A este respecto, no hubiera bastado contentarse con el análisis de la jurisprudencia del Tribunal Supremo norteamericano; un intento exhaustivo reclamaba "descender" a instancias menores —federales y estatales—, con el fin de comprobar la solidez de la doctrina jurisprudencial, su funcionalidad en materia de objeción de conciencia, y sus principios más generales.

Siguiendo la enriquecedora experiencia de la doctrina norteamericana y también de la doctrina continental que ha estudiado la objeción de conciencia en EUA, el método de trabajo se ha basado en el examen, caso por caso, de los supuestos y formas de solución adoptados, jurisprudencial y legislativamente. Así, he debido analizar 388 sentencias (298 federales —67 del Tribunal Supremo, 155 de las Cortes de Apelación, 66 de las Cortes de Distrito— más 90 sentencias de tribunales estatales;

al final de este trabajo, se relaciona todas y cada una de ellas). Sólo entonces, tras este estudio pormenorizado, se extraen conclusiones (incoadas ya en las consideraciones introductorias y desarrolladas en la síntesis conclusiva) acerca del tratamiento jurídico de las objeciones de conciencia en EUA y también, en menor medida, de las categorías jurídicas susceptibles de especial atención por sistemas ajenos a la tradición anglosajona. También he visto oportuno incluir al final de este trabajo un apéndice de términos jurídicos americanos, para facilitar el entendimiento de las decisiones jurisprudenciales que a lo largo de esta memoria se van analizando.

Es obligado agradecer al Prof. Rafael Navarro-Valls —director del proyecto de investigación antes aludido y de esta memoria de Doctorado— su orientación y ayuda, así como su constante atención, aliento y amistad. De igual forma, tengo que agradecer al Prof. Javier Martínez-Torrón sus consejos de partida al enfrentarme al derecho norteamericano, su constructiva visión crítica de la investigación, y su afable diligencia para facilitarme nuevos materiales durante sus estancias en distintas universidades norteamericanas. Al Prof. Alberto de la Hera, agradecerle su amabilidad al ponerme en contacto con el Prof. James Wood (Baylor University, Texas). También agradezco la generosa colaboración de los profesores Kent Greenawalt (Universidad de Columbia), Henri Abraham (Universidad de Virginia), Douglas Laycock (Universidad de Texas) y Rosalie Beck (Universidad de Baylor). Igualmente, la decisiva ayuda de Marian Franz (National Campaign for a Tax Peace Fund) y Robert Hull (General Conference Mennonite Church). En fin, para el rápido acceso a la bibliografía y decisiones jurisprudenciales más recientes, he contado con la desinteresada colaboración de Donna Simmons (Church-State Resource Center de la Universidad de Campbell).

ABREVIATURAS

Abreviaturas de Revistas de Derecho(1)

ALR3d	American Law Reports, 3rd Series
B.Y.U.L.Rev.	Brigham Young University Law Review
Calif.L.Rev.	California Law Review
Colum. L.Rev.	Columbia Law Review
Conn. L.Rev.	Connecticut Law Review
Dickinson L.Rev.	Dickinson Law Review
Geo.Wash.L.Rev.	George Washington Law Review
Harv.L.Rev.	Harvard Law Review
JCS	Journal of Church and State
Mich.L.Rev.	Michigan Law Review

(1) Según el sistema estadounidense de citas, antes de la abreviatura se indica el Volumen de la Revista o de la Enciclopedia (si lo hay); tras la abreviatura, la página donde empieza el artículo y, si es el caso, la página concreta a la que se hace referencia. Por último, generalmente entre paréntesis, el año.

N.Y.U.L.Rev.	New York University Law Review
Nw.U.L.Rev.	Northwestern University Law Review
Sup.Ct.Rev.	Supreme Court Review
U.Chi.L.Rev	The University of Chicago Law Review
U.Pa.L.Rev.	The University of Pennsylvania Law Review
Va.L.Rev.	Virginia Law Review
Wis.L.Rev.	Wisconsin Law Review
Yale L.J.	Yale Law Journal

Abreviaturas de colecciones jurisprudenciales(2)

colecciones federales

U.S.	United States Reports (Tribunal Supremo)
L.Ed.2d	United States Supreme Court Reports, Lawyer's Edition
S.Ct.	West's Supreme Court Reporter
F.2d	Federal Reporter, Second Series (Cortes Federales de Apelación)
F.Supp.	Federal Supplement (Cortes Federales de Distrito)

(2) En Estados Unidos hay dos grandes grupos de jurisprudencia: las estatales y la federal. Esta última esta integrada, jerárquicamente, por el Tribunal Supremo, los Tribunales Federales de Apelación (un total de trece circuitos) y los Tribunales Federales de Distrito. El Tribunal Supremo ejerce la supremacía doctrinal respecto de todos los demás, federales y estatales. El sistema de citas es semejante al de revistas: antes de la abreviatura, el volumen de la colección y, después de esa abreviatura, la página en la que comienza la decisión y —en su caso, con la preposición *at-* la página concreta donde se contiene la cita o a la que se refiere el comentario. Por último, entre paréntesis, el circuito o distrito (para las Cortes de Apelación y Distrito, respectivamente) y el año. Cuando en algún caso se emplee una colección jurisprudencial informatizada, aparecerán las palabras LEXIS ó WESTLAW.

colecciones estatales

A.	Atlantic Reporter
A.2d	Atlantic Reporter, 2nd Series
Cal.Rptr.	California Reporter
N.E.2d	North Eastern Reporter, 2nd Series
N.W.2d	North Western Reporter, 2nd Series
N.Y.S.2d	New York Supplement, 2nd Series
P.	Pacific Reporter
P.2d	Pacific Reporter, 2nd Series
S.E.2d	South Eastern Reporter, 2nd Series
S.W.2d	South Western Reporter, 2nd Series
So.	Southern Reporter
So.2d	Southern Reporter, 2nd Series

estas colecciones jurisprudenciales, editadas por la West Publishing Company, engloban toda la jurisprudencia estatal de EUA.

RFR	Religious Freedom Reporter, colección publicada por el Church-State resource Center de la Norman Adrian Wiggins School of Law (Campbell University, North Carolina). Contiene jurisprudencia sobre libertad religiosa, objeción de conciencia y materias conexas, de las Cortes de todo Estados Unidos.
-----	---

**I. CONSIDERACIONES INTRODUCTORIAS
SOBRE EL TRATAMIENTO JURIDICO
DE LA OBJECION DE CONCIENCIA EN ESTADOS UNIDOS**

1. Aproximación al concepto de objeción de conciencia en el ordenamiento jurídico estadounidense, según la doctrina.

Al iniciar esta memoria de doctorado, parece necesario precisar —antes que nada— qué concepto de objeción de conciencia se está empleando. Sería forzado intentar dar una definición ajustada a lo que la doctrina eclesiasticista "continental" entiende por objeción de conciencia, para luego exponer abundantes supuestos que no se ajustan a lo que esa doctrina conoce, o bien que conoce pero trata con herramientas jurídicas diferentes.

De ahí que resulte de interés ofrecer una visión general del análisis realizado por autores —de derecho continental y de derecho angloamericano— que han estudiado la objeción de conciencia en EUA, desde una perspectiva próxima a lo que en Europa entendemos por derecho eclesiástico del Estado.

En la doctrina norteamericana(1), el concepto general de objeción de conciencia está condicionado por el cauce de tratamiento jurídico del fenómeno. El estudio de la objeción —tal vez por el carácter pragmático que imprime toda una mentalidad, también la jurídica— se centra en este tratamiento positivo: el derecho de libertad religiosa individual reconocido en *Free Exercise Clause* de la Primera Enmienda(2)) del *Bill of Rights*, hecho efectivo —primordialmente— a través de la jurisprudencia emanada del Tribunal Supremo de los Estados Unidos(3). Sólo después, como corolario, se llega —aunque no siempre, ni necesariamente— a establecer un concepto de objeción de conciencia(4).

(1) Estas "consideraciones introductorias" sobre la doctrina, se verán complementadas a lo largo de los capítulos siguientes, atendiendo a los comentarios y análisis de los distintos autores estadounidenses según cada clase de supuestos.

(2) *Congress shall make no law respecting an establishment of religion, or prohibiting the free exercise thereof* (el Congreso no promulgará ley alguna para el establecimiento de una religión o para prohibir el libre ejercicio de la misma).

(3) Como bien es sabido, la importancia de la jurisprudencia del Tribunal Supremo de los EUA, estriba en el valor del *case law* (derecho emanado de los tribunales con una fuerza o autoridad que se rige según las reglas del precedente, tanto para el propio tribunal, como para tribunales inferiores) en un sistema de *common law* (de tradición jurídica anglosajona). Pero también debe tenerse en cuenta que el propio Tribunal Supremo ha establecido desde 1803 el principio del control judicial de la constitucionalidad de las leyes, estatales o federales, a través del caso *Marbury v. Madison* (1 Cranch 137, 1803), control que no se ejercita en abstracto, sino en la medida en que un supuesto llega ante la Corte Suprema a través de los usuales recursos de apelación y *writ of certiorari* (vid. apéndice de términos legales, en adelante ATL). Cfr. James E. Ryan, *Smith and the Religious Freedom Restoration Act: An Iconoclastic Assessment*, 78 Va.L.Rev. 1407, 1408 (1992). Javier Martínez- Torrón, *La objeción de conciencia en la jurisprudencia del Tribunal Supremo Norteamericano*, Anuario de Derecho Eclesiástico, vol. I, 1985, págs. 399 y 400; Gloria M. Morán, *Jurisprudencia Comentada: Sentencias decididas por el Tribunal Supremo Norteamericano sobre libertad religiosa en 1986, 1987 y 1988*, Cuaderni di Diritto e Politica Ecclesiastica 1989/1, págs. 302-307.

(4) Por ejemplo, autores de derecho constitucional como Michael W. McConnell, Mary Ann Glendon, Lawrence Tribe, Donald A. Giannella y Ira C. Lupu, no llegan a establecer o a aproximarse al concepto de objeción de conciencia, posiblemente por entender que la cuestión carece de interés práctico. Henri J. Abraham (*Freedom and The Court, Civil Rights and Liberties in the United States*, Oxford University Press, ed. 1988), incluso, entiende que no cabe establecer un concepto general de objeción de conciencia conforme a la Constitución

Por tanto, la doctrina norteamericana, entiende la objeción de conciencia como faceta particular de la libertad religiosa. Concretamente, su dimensión individual⁽⁵⁾. Se suele caracterizar la objeción de conciencia a través de algunos rasgos: el comportamiento del objetor ha de estar movido por profundas y sinceras convicciones⁽⁶⁾ a partir de las cuales rechaza el deber o conducta que la norma

y leyes federales. Esta falta de tratamiento unitario de la objeción de conciencia como categoría independiente ya fue advertida por Javier Martínez-Torrón, en *La objeción de conciencia en la jurisprudencia del Tribunal Supremo Norteamericano*, Anuario de Derecho Eclesiástico, vol. I, 1985, pág. 405.

(5) Así, Douglas Laycock, al identificar los principios subyacentes a la *free exercise clause*, indica que "la protección de la *free exercise clause* comprende al menos tres clases diferentes de derechos". En esas tres clases diferentes se encontrarían: primero, la nuda libertad de realizar actividades religiosas en su sentido más obvio (construir iglesias y colegios, desarrollar servicios religiosos y actos de culto, orar, realizar proselitismo, enseñar valores morales...); segundo -y estrechamente relacionado-, el derecho de las iglesias o confesiones a dirigir esas actividades con plena autonomía (seleccionar sus propios líderes, definir sus propias doctrinas, resolver sus controversias internas, etc.); y **tercero, el derecho de objeción de conciencia a la política o actuación del poder civil**. Este derecho esta principalmente asociado, dice Laycock, con el servicio militar, pero también se han producido litigios de objeción de conciencia respecto a los impuestos empleados para la guerra, la educación obligatoria, los tratamientos médicos y las vacunaciones, la seguridad social, la observancia e inobservancia del *Sabbath*, la monogamia, y otros mandatos normativos que colisionan con los reparos morales de ciertas confesiones o individuos creyentes. Estos casos quedan dentro del alcance de la cláusula (de libre ejercicio), ya que una forma de ejercer la propia religión o creencia es seguir los dictados de la propia conciencia moral. Cfr. Douglas Laycock, *Towards a General Theory of the Religion Clauses: The Case of Church Labor Relations and the Right to Church Autonomy*, 81 Colum.L.Rev. 1373, 1389-1390 (1981).

(6) Esas convicciones son circunscritas por los estudiosos al factor religioso con tal fuerza, que incluso llega hablarse de un subtipo de objeción de conciencia: la objeción religiosa. Cfr. *Developments.- Religion and the State*, 100 Harv.L.Rev. 1606, 1704 (1987). E incluso se escinde la objeción religiosa y la objeción de conciencia por otros motivos, en atención al particular tratamiento jurídico al que nos hemos referido: *Unbelievers undoubtedly make judgements of right and wrong that sometimes conflict with generally applicable law. But if these do not stem from obedience to a transcendent authority prior to and beyond the authority of civil government, they do not receive exemption under the free exercise clause. To subject an atheist to civil disabilities would be a violation of free exercise; but to require an atheist who objects to war on secular grounds to go to war would not, since his conduct is not (and by definition could not be) motivated by his religious belief*. Michael W.McConnell, *The Origins and Historical Understanding of Free Exercise*

exige por considerarlo un grave mal moral(7), estando dispuesto a sufrir cualquier pena temporal antes que violentar su conciencia(8). Esa sanción o pena temporal puede ser efectiva, o bien puede entenderse comprendida en el hecho de que la norma civil hace más gravoso ó penoso el libre ejercicio de la religión o la actuación en conciencia. El objetor aspira, como mucho, a obtener del derecho una exención particular, concreta, para su caso(9). Por último, es también propio de esta

of Religion, 103 Harv.L.Rev. 1410, 1500 (1990). Sobre la distinción entre objetor religioso y no religioso, vid. Kent Greenawalt, *Conflicts of Law and Morality*, Oxford University Press 1987, pág. 323-325. Sobre la naturaleza de las convicciones del objetor, a propósito de la objeción de conciencia militar "selectiva", vid. Kent Greenawalt, *All or Nothing at All: The Defeat of Selective Conscientious Objection*, Sup.Ct.Rev. 31, 47-67 (1971).

(7) *A conscientious objector is not someone who thinks he or she is committing only a minor moral wrong. Although a conscientious objector need not feel certain of the moral rightness of his view, he must believe that performing the required act would probably involve him in grave moral wrong.* Kent Greenawalt, *Conflicts of Law and Morality*, Oxford University Press (1987) p. 313.

(8) (...) *a minimum standard for conscientious objector is belief that one should submit to penalties that society (or any decent society) has deemed appropriate rather than perform the obligation.* Ibid. at 313.

(9) *"Religious accommodation" can refer broadly to any state attempt to facilitate religious belief or protect religious practice. Throughout this section, religious accommodation will refer only to exemption from facially neutral regulations under the free exercise clause. The term "religious objectors" refers to persons seeking such exemption.* *Developments.- Religion and the State*, 100 Harv.L.Rev. 1606, 1704 (1987). Cfr. Kent Greenawalt, *Conflicts of Law and Morality*, Oxford University Press (1987) at 336. Cfr. también Kent Greenawalt, *All or Nothing at All: The Defeat of Selective Service Conscientious Objection*, Sup.Ct.Rev. 31, 47 (1971). Lawrence Tribe, *American Constitutional Law*, Foundation Press (1988), pág. 1169. Michael W. McConnell dedica un interesantísimo artículo (*The Origins and Historical Understanding of Free Exercise of Religion*, 103 Harv.L.Rev. 1410, 1990) a justificar la legitimidad histórica de ese tipo de exenciones constitucionales. Sin embargo, no faltan en la doctrina voces críticas a la tesis de la permisón constitucional de exenciones, como manifiesta el estudio de Hamburger, *A Constitutional Right of Religious Exemption: An Historical Perspective*, 60 Geo. Wash.L.Rev. 915, (1992). Giannella calificó, ya en 1967, este intento de aproximación histórico-constitucional a las exenciones vía Primera Enmienda de "equivocada, si no peligrosa, empresa". Cfr. Donald A. Giannella, *Religious Liberty, Nonestablishment and Doctrinal Development. Part I.- The Religious Liberty Guarantee*, 80 Harv.L.Rev. 1381, 1383 (1967). Como puede verse, no es una tesis pacíficamente compartida. Sobre la exención como

aproximación al concepto de objeción no establecer una distinción entre el comportamiento omisivo y activo, para el concepto de objeción(10) ya que, de por sí, esa dimensión individual de la libertad religiosa que es cauce de tratamiento jurídico no realiza distinción entre acción y omisión.

En el derecho eclesiástico continental, también se han hecho valiosas aproximaciones a las objeciones de conciencia según la experiencia jurídica norteamericana, respetando el método de análisis que caracteriza el trabajo doctrinal en EUA: examen, caso por caso, de los diversos supuestos, de las formas de tratamiento y soluciones emanadas de la jurisprudencia federal, y posterior deducción de un concepto general.

Esta perspectiva continental explica la objeción (u objeciones) de conciencia como la negativa del individuo, por motivos de conciencia, a someterse a una conducta que, en principio, resulta jurídicamente exigible(11). Por tanto, desobediencia individual a una obligación, rechazo de un comportamiento activo impuesto por el Estado. Su rasgo más acusado sería, aparte de las motivaciones éticas, el tratarse de una abstención, un comportamiento calificable como omisión. Y, a la vez, la actitud netamente individual, que permite diferenciar *conceptualmente* la

elemento constitutivo de la objeción, véase la interesante aproximación iusfilosófica realizada por Andrés Ollero Tassara en *Derechos Humanos y Metodología Jurídica*, Centro de Estudios Constitucionales (1989) p. 199.

(10) Morris Clark realiza la distinción sólo implícitamente (cfr. J. Morris Clark, *Guidelines for the Free Exercise of Religion*, 83 Harv.L.Rev. 327, 1969). Douglas Laycock no realiza distinción entre comportamiento omisivo y activo, por cuanto incluye en la misma categoría de supuestos el problema de la poligamia en los mormones y conductas omisivas, como supone la objeción militar o a los tratamientos médicos, aparte de entender como modelo de objeción el descrito en la decisión *Sherbert* (cfr. Douglas Laycock, *Towards a General Theory of the Religion Clauses: The Case of Church Labor Relations and the Right to Church Autonomy*, 81 Colum.L.Rev. 1373, 1389, 1981).

(11) Javier Martínez-Torrón, *Las objeciones de Conciencia y los Intereses Generales del Ordenamiento*, Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense de Madrid, no. 79 (1992), pág. 200; *La objeción de conciencia en la jurisprudencia del Tribunal Supremo Norteamericano*, Anuario de Derecho Eclesiástico, vol. I, 1985, pág. 404.

objeción de conciencia de la desobediencia civil(12). El concepto de objeción comprendería tanto los imperativos personales de conducta de raíz religiosa como los que responden a otros códigos axiológicos(13).

Tal caracterización supone la delimitación de unos comportamientos poco frecuentes ó importantes, controlables y menores, respecto de los que el ordenamiento jurídico no tiene, de entrada, inconveniente para conceder exención(14).

(12) Sobre la distinción *conceptual* entre objeción de conciencia y desobediencia civil, cfr. Malem Seña, J.F., *Concepto y Justificación de la desobediencia civil*, Ariel (1988), págs. 55-57; Andrés Ollero Tassara, *op. cit.* pág. 199; Luis Prieto Sanchís, *La objeción de conciencia como forma de desobediencia al derecho*, Il diritto ecclesiastico I (1984), págs. 3 y ss. En muchos casos, el comportamiento individual del objetor está inscrito política y/o jurídicamente en fenómenos de desobediencia civil. Sin embargo, la aspiración del concreto y específico comportamiento del objetor *individual* es lograr, como mucho, la *exención* para su caso o para la categoría de comportamientos que observa. En mi opinión, la objeción presupone una norma jurídica que existe y seguirá existiendo; la desaparición de esa norma jurídica -objetivo, tal vez, de la desobediencia civil- hace desaparecer la objeción de conciencia.

(13) Cfr. Javier Martínez Torrón, *Las objeciones de Conciencia y los Intereses Generales del Ordenamiento*, Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense de Madrid, no. 79 (1992), pág. 202.

(14) Francesco Onida, *Contributo a un inquadramento giuridico del fenomeno delle obiezioni di coscienza*, en *Separatismo e Libertà Religiosa negli Stati Uniti.- Dagli anni sessanta agli anni ottanta*, Milano, Guifrè 1984, 115, 118-119. A partir de esta caracterización, Onida indica, sólo a título de ejemplo, los diversos supuestos de objeciones de conciencia de los que han tenido que conocer los tribunales norteamericanos: rechazo del servicio militar y del uso de las armas, negativa a formar parte del jurado, a saludar la bandera nacional o rendir de alguna manera homenaje a la autoridad civil; objeción a tratamientos médicos (transfusiones de sangre, vacunaciones), al aborto; incumplimiento de la normativa penitenciaria de higiene respecto de la barba, de la normativa de trabajo en determinados días de la semana; negativa a formar parte de un pelotón de fusilamiento, a incluir fotografías en los documentos de identidad; objeción fiscal y objeción a la escolarización obligatoria. Y, conforme a la definición propuesta, excluye comportamientos activos individuales relacionados con creencias religiosas: poligamia de los mormones, cuidados médicos de enfermos por parte de facultativos sin titulación médica oficial, formas de proselitismo religioso prohibidas por el ordenamiento (venta "casa por casa" de literatura religiosa), sacrificio de animales según prácticas prohibidas por la normativa estatal, empleo de drogas y de serpientes en rituales religiosos... *Ibid.* 121.

Las diferencias fundamentales entre el concepto que aporta la doctrina americana y el que proporciona la doctrina europea radican en que la primera incluye una sola categoría de comportamientos (activos y omisivos) contrarios —por motivos religiosos en su mayoría— a lo que la norma exige; para la doctrina continental-europea, sin embargo, la omisión reviste carácter configurador de la objeción (posiblemente, por cuanto la mayoría de los supuestos de objeción de conciencia presuponen conductas omisivas), e iguala la objeción religiosa a la que atiende a otros motivos de conciencia.

En los apartados siguientes, hacemos una primera aproximación a los factores que emarcan la objeción de conciencia en el tratamiento jurídico —jurisprudencial y legislativo— que ha recibido en el ordenamiento jurídico estadounidense.

2. Tratamiento jurídico de la objeción de conciencia en los Estados Unidos.

2.1. Factores que intervienen en el tratamiento jurídico de la objeción de conciencia.

La objeción de conciencia en EUA se sitúa en un ambiente propio de nuestro siglo. No es que con anterioridad la objeción de conciencia no estuviera presente en el derecho de EUA, pero sí que en el siglo XX se han producido múltiples supuestos de gran variedad. Varias son las razones o causas que propician esta situación.

Respecto a las causas concomitantes, de carácter no estrictamente jurídico, nos encontramos en primer lugar con el Estado de bienestar. Su tendencia a una cierta incontinencia normativa, provoca una mayor fricción del derecho con realidades sociales hasta entonces confinadas a la "sociedad civil". La mayor intervención del derecho en esos ámbitos produce una notable fricción con el factor religioso, hasta

llegar, a veces, a un verdadero enfrentamiento frontal en algunas áreas(15).

También ocupa un lugar importante en EUA la tensión entre estatalismo y federalismo, con fases en las que la actuación del poder político se inclina hacia un lado o hacia otro, con todas sus instituciones. El auge de los conflictos conciencia *versus* ley coincide, jurisprudencialmente, con una etapa de fuerte federalismo. En el campo estrictamente jurídico, el federalismo da origen, en alguna medida, a la doctrina de la incorporación vía decimocuarta enmienda, que conduce a que determinados derechos del *Bill of Rights* sean aplicables a las actuaciones de los Estados.

El otro gran factor es la inmigración. Algún autor norteamericano no tuvo reparo al afirmar que la historia de los EUA es una historia de inmigraciones. Tras ellas, culturas diversas, que generan una policromía singular en ese país, también de carácter religioso. Esta pluralidad religiosa, vivida y vaticinada desde el origen de la nación(16), bien estudiada en el siglo XX(17), también ha tenido una dimensión política de presión, primero en la legislación y en las urnas(18) y después, en nuestro siglo, ante los tribunales(19). De ahí que difícilmente podría exponerse la objeción de conciencia en los EUA si no se hace una particular

(15) Cfr. Leo Pfeffer, *Religious Freedom*, National Textbook Company-American Civil Liberties Union (1983), pág. 147-169; *Developments.- Religion and the State*, 100 Harv.L.Rev. 1606, 1706 (1987); Michael W.McConnell, *Religious Freedom at a Crossroads*, 59 U.Chi. L.Rev. 115, 137 (1992); Donald A. Giannella, *Religious Liberty, Nonestablishment and Doctrinal Development. Part I.- The Religious Liberty Guarantee*, 80 Harv.L.Rev. 1381, 1383 (1967).

(16) John K. Wilson, *Religion Under State Constitutions: 1776-1800*, 32 JCS 753 (1990); Robert T. Miller, *Religious Conscience in Colonial New England*, 1 JCS 19 (1959).

(17) Cfr. a modo de ejemplo, Irving Zaretski y Mark Leone, *Religious Movements in Contemporary America*, Princeton University Press, 1974.

(18) Cfr. A. James Reichley, *Religión, Política y Democracia*, 3 Facetas 48 (1992).

(19) Cfr. Gregg Ivers, *Organized Religion and the Supreme Court*, 32 JCS 775 (1990).

referencia al factor religioso. No solamente porque la objeción de conciencia —como en Europa— hunde sus raíces históricas en la conciencia religiosamente motivada, sino también —como se indicaba en el apartado anterior— por el específico tratamiento que ha recibido la cuestión en EUA, cuyas líneas generales pueden condensarse en tres puntos.

Primero: la sede de análisis de la objeción de conciencia ha venido radicándose —especialmente por parte de la jurisprudencia— en la posibilidad de otorgar regímenes de exención a sujetos que reclaman un derecho constitucional basado en la *Free Exercise Clause*. Es más: el objetor moralmente compelido a omitir deberes más allá de lo que la norma exoneradora le permitía, ha acudido a la protección de dicha cláusula religiosa(20).

Segundo: la legislación —como se estudia más adelante— tampoco ha establecido regímenes de exención si no es al objetor religioso, tanto en el campo de la objeción militar (si tenemos en cuenta el tenor literal de la ley(21), al margen de la extensión operada por la decisión *United States v. Seeger*(22) en favor de *facto* del objetor agnóstico), como en el campo de las objeciones laborales, las objeciones a normas administrativas, a tratamientos médicos, etc.(23).

(20) Cfr. a modo de ejemplo *Negre v. Larsen* y *Gillette v. United States*, 401 U.S. 437 (1971), sobre la objeción al servicio militar para determinados conflictos bélicos (vid. capítulo II, 3.2.4.); *Cooper v. General Dynamics*, 533 F.2d 163 (5th Cir.1976), sobre la extensión de la legislación protectora de los *sabbatarian* (individuos que por su religión adoptan como día de descanso el sábado) a la objeción de conciencia a las aportaciones sindicales.

(21) (...) *the "religious training and belief" does not include essentially political, sociological or philosophical views, or merely personal moral code. U.S.C.A. 50 App. § 456 (j)*. Vid. capítulo II, 2.2.

(22) *United States v. Seeger*, 380 U.S. 163 (1965). Vid. capítulo II, 3.2.5.

(23) La normativa tachada de inconstitucional en la decisión *Estate of Thorton v. Caldor*, 472 U.S. 703 (1985), otorga protección prácticamente incondicional a los objetores religiosos al trabajo en determinados días de la semana (vid. capítulo III, 2.7.); la protección (parcial y sesgada, por lo demás) que otorga la normativa del estado de Minnesota sobre

Tercero: el mismo carácter de muchos supuestos limita la posibilidad de objeciones de conciencia al campo de la religión. En ocasiones, el simple rechazo de la normativa, sin respaldo fiable en una confesión religiosa, conducen a la denegación de la pretensión(24). Como acertadamente ha observado Onida, la particular importancia del elemento religioso en el sede de objeción de conciencia resulta evidente en virtud de los múltiples casos en los que el factor religioso aparece como la única motivación posible(25). Onida entiende también que la objeción de conciencia "secular" o sólo ética queda de alguna manera confinada al rechazo del uso de la violencia (es decir, a la objeción militar y fiscal, principalmente(26)).

vehículos lentos, lo es a objetores religiosos de la secta *Amish* (*Minnesota v. Hershberger*, 444 N.W.2d 282, 1989; vid. capítulo V, 5.3.); la posibilidad de objeción de conciencia fiscal en materia de seguros sociales en los EUA se circunscribe -hoy por hoy- a confesiones religiosas identificables (vid. capítulo IV, 4.); las exenciones de responsabilidad criminal por omisión u obstaculización de tratamientos médicos a menores juegan sólo en favor de los motivos religiosos (vid. capítulo VI, nota a pie no. 195); la cláusula de conciencia federal en favor de la objeción a las prácticas abortivas se limita a la protección de "creencias religiosas y convicciones morales" (vid. capítulo VII, nota a pie no. 46).

(24) Cfr. *Syska v. Montgomery County Board of Education*, Md.App. 415 A.2d 301 (1980), sobre vacunaciones obligatorias (vid. capítulo VI, 3.4.); *Farmer v. Rountree*, 252 F.2d 490 (6th Cir.1958) sobre objeción fiscal ajena a la objeción religiosa; *Swallow v. United States*, 325 F.2d 97 (10th Cir. 1963), sobre objeciones al destino de los impuestos, al igual que *Crowe v. Comm'r*, 396 F.2d 766 (8th Cir.1968).

(25) Francesco Onida, *Contributo a un inquadramento giuridico del fenomeno delle obiezioni di coscienza*, en *Separatismo e Libertà Religiosa Negli Stati Uniti*. - Dagli anni sessanta agli anni ottanta, Milano, Guiffrè 1984, 115, 125.

(26) Si bien es preciso hacer alguna puntualización respecto de estos dos sectores. En la objeción militar, la extensión que se opera en virtud de la decisión *United States v. Seeger* es -al menos, en el campo teórico- ampliación del concepto de "religión" en el marco constitucional (cfr. Kent Greenawalt, *Religion as a Concept in Constitutional Law*, 72 Calif.L.Rev. 753, 759-760, 1984); si no fuera así, el camino que hubiera recorrido la Corte en aquella importante sentencia hubiera sido el de tachar de inconstitucionalidad la ley militar que eximía a los objetores, por producir una patente discriminación respecto del objetor no religioso (que es lo que los magistrados White, Stewart, Burger y, también en menor medida, Harlan, solicitaron en la decisión *Welsh v. United States*, 398 U.S. 1792 (1970). Vid. capítulo II, 3.2.5.). Respecto de la objeción fiscal, la mayoría de los supuestos que se presentan ante la jurisprudencia tienen, junto con un claro trasfondo pacifista, el elemento religioso, precedente -en muchos casos- de confesiones religiosas concretas e

Dicho esto, añadamos que la presencia de una raíz religiosa en las distintas manifestaciones de objeción de conciencia en los EUA, no ha forzado a realizar una "institucionalización" de la misma. Es decir: no sucede, o no suele suceder, salvo contados casos(27), que a un objetor se le deniegue la exención por el hecho de no pertenecer a una confesión cuyo código moral preceptúe un mandato incompatible con el de la norma. Más bien, la tendencia ha sido precisamente la contraria(28): atender a los motivos de conciencia religiosa del individuo, y estudiar después la posibilidad de la exención en virtud del *balancing test* constitucional(29).

Evidentemente, unir tan estrechamente la objeción de conciencia al factor religioso resulta forzado: aunque hay casos de objeción sólo explicables desde el factor religioso que los anima, no todas las objeciones son religiosas, con lo que en la práctica se fuerza el concepto de religión, el cauce jurídico de la *Free Exercise Clause*, para que éste abarque otros fenómenos que comparten con él alguna característica.

identificables.

(27) Como sería, por ejemplo, *Borntrager v. Commissioner*, 58 TCM 1242 (1990), donde los criterios de estricta pertenencia a una confesión son causa de la denegación de exención para un sujeto excomulgado de la *Old Order Amish* (vid. capítulo VI, 4.), o bien *In re Grady*, 394 P.2d 728 (1964), donde se deniega exención vía primera enmienda para consumo de *peyote* a un guía espiritual no adscrito a confesión determinada (vid. capítulo VIII, 3.2.).

(28) Esta realidad de la individualización de la conciencia, aproxima la objeción de conciencia al concepto propuesto por Hervada en *Libertad de Conciencia y Error sobre la Moralidad de una Terapéutica*, Persona y Derecho vol. 11 (1984), pág. 13: la objeción de conciencia hace relación al juicio personal sobre la moralidad de la acción singular y concreta; "sólo de la persona singular -dice Hervada- se predica la conciencia; de lo que claramente se deduce que la libertad de conciencia -o de las conciencias- tiene por titular únicamente a las personas singulares y no a las comunidades" (ibid., pág. 43).

(29) Los casos que pueden citarse a este respecto son muchos. Valga como ejemplo: *Frazee v. Unemployment Security Department*, 103 L.Ed 2d 914 (1989) sobre objeción de conciencia al trabajo en sábado; *Jensen v. Quaring*, 472 U.S. 478 (1985) sobre el rechazo de fotografías en documentos de identidad (vid. capítulo V, 5.2.3.); de alguna forma también el caso *Minnesota v. Hershberger*, 110 N.W.2d 282 (1989) (vid. capítulo V, 5.3.).

La importancia del factor religioso en EUA tiene su reflejo jurídico en el *Bill of Rights* de 1789. Su origen supone una anticipación temporal, si tenemos en cuenta el poder que con los años ha ido ganando el Estado Federal(30). En efecto, durante la elaboración de la Constitución norteamericana de 1787, no pareció estrictamente imprescindible la redacción de una parte dogmática, de una declaración de derechos, dado que la Constitución lo era de una federación de estados y, por tanto, venía a regular las instituciones de la Unión, y las relaciones de los Estados con esa estructura superior. Con posterioridad, se hizo sentir en los redactores de la misma, haciéndose eco del clamor de muchos ciudadanos, un vacío sobre los derechos en el Estado federal: era preciso que el fundamento de la convivencia se estableciera no sólo sobre unas reglas de funcionamiento formal, sino además sobre la salvaguarda de los derechos reconocidos a los individuos(31).

Entre esos derechos, ocupa un lugar preeminente la libertad religiosa, como queda reflejado incluso en el hecho de que sea la primera enmienda, en la primera frase, quien la garantice y proteja. El texto de dicha enmienda —repetamos de nuevo— dice así: *Congress shall make no law respecting an establishment of religion, or prohibiting the free exercise thereof* (el Congreso no promulgará ley alguna para el establecimiento de una religión o para prohibir el libre ejercicio de la misma)(32). Esta sencilla proposición constituye la materia prima, la orientación fundamental para la legislación y la jurisprudencia a la hora de afrontar la objeción

(30) Cfr. por ejemplo la plástica descripción de Lawrence M. Friedman en su obra *Introducción al Derecho norteamericano*, traducción de Joan Vergé i Grau, pág. 129-135. En materia de libertad religiosa, resulta ilustrativo el artículo de Harold J. Berman, *Religious Freedom and the Challenge of the Modern State*, 39 Emory L.J. 149 (1990).

(31) Sobre el origen y motivos del *Bill of Rights* norteamericano, cfr. Gloria M. Morán, *La Protección jurídica de la libertad religiosa en U.S.A.*, (Universidad de Santiago de Compostela, 1989), pág. 27-29; VV.AA. *The First Freedom.- Religion and the Bill of Rights*, J.M. Dawson Institute of Church-State Studies (Waco, Texas, 1990).

(32) Sobre la interpretación histórica de la Primera Enmienda y, más en concreto, de las cláusulas religiosas, cfr. Thomas J. Curry, *The First Freedoms. Church and State in America to the Passage of the First Amendment*, Oxford University Press, New York (1986).

de conciencia en Estados Unidos(33).

Federalismo, pluralidad religiosa, individualización del factor religioso, junto con el *Bill of Rights* de 1789, son características fundamentales en el tratamiento de la objeción de conciencia en los Estados Unidos, tanto en la vertiente jurisprudencial como en la legislativa. De ambas se da cuenta a continuación.

2.2. La vía jurisprudencial en el tratamiento de la objeción de conciencia.

El estudio en Norteamérica de la objeción de conciencia pasa necesariamente por las sentencias emanadas del Tribunal Supremo norteamericano, que hacen efectivo en sus contenidos el derecho de libertad religiosa y, por ende, la objeción de conciencia. El protagonismo de la jurisprudencia estadounidense en el ámbito de la objeción de conciencia no es exclusivamente atribuible a las características propias del

(33) Sobre el origen, influencias, redacciones, etc. de esta Primera Enmienda, me remito a los trabajos, abundantes y documentados, citados anteriormente. Sólo quiero llamar la atención sobre una cuestión particular, estudiada recientemente por Michael W. McConnell (*The Origins and Historical Understanding of Free Exercise of Religion*, 103 Harv.L.Rev. 1410 (1990): la posibilidad de que los autores del *Bill of Rights* hubieran contemplado la protección de objetores de conciencia a través de la Primera Enmienda. McConnell realiza un análisis histórico-jurídico muy exhaustivo para afirmar que dicha posibilidad es real. Apoya esta afirmación en varios motivos. Primero, la existencia de exenciones legislativas en los Estados de procedencia de los redactores. Segundo, la concepción religiosa peculiar de las gentes que forman los Estados, ajena de alguna manera a círculos de refinada y pura Ilustración (a la posición de Locke, por ejemplo). Tercero, el peso real que James Madison (una visión más acorde con la admisión de instancias transcendentales superiores a la del Estado, que este último debe respetar) tuvo en la elaboración de las cláusulas religiosas, frente a la tradicional idea del constitucionalismo americano, que atribuye a Jefferson (para quien la libertad de conciencia era libertad frente al sectarismo religioso) el papel de autor principal de la libertad religiosa en la Primera Enmienda. El excepcional trabajo de McConnell, sin embargo, arroja -en mi opinión- un simple, aun bien documentado, *nihil obstat* respecto de la posibilidad de exenciones religiosas. Este artículo fue uno de los apoyos fundamentales en la petición de recurso de *reharing* (no. 88-1213, october 1989) presentado a la Corte Suprema Federal contra la decisión *Smith II*, 110 S.Ct. 1595 (1990) (pérdida de subsidio de desempleo por actividades religiosas -consumo de peyote-criminalmente sancionadas no infringe la *Free Exercise Clause*; vid. capítulo VIII, 6).

sistema jurídico angloamericano: supremacía de la ley, es decir, sometimiento de la actuación del Estado a la revisión judicial en sede de criterios constitucionales; tradición del precedente; concepción del proceso en la que domina el principio contradictorio; valor del *case law* como fuente de derecho, etc.(34). Hay otros factores, más generales y abstractos, propios del siglo XX, que propician un auténtico ciclo histórico en materia de libertad religiosa y objeción de conciencia.

Respecto de ellos, el más importante es el denominado *judicial activism*. Se trata de una corriente de pensamiento en torno a la tarea del juez. Conforme a ella, el juez tiene un papel de alto protagonismo al decidir sobre la constitucionalidad y legalidad de la actuación de los otros órganos del poder (legislativo y ejecutivo). Su trasfondo es el realismo jurídico norteamericano, el interés por el *law in action*, el derecho como instrumento para el logro de fines sociales, la ley como instrumento motor de cambio, etc(35). El otro gran factor jurisprudencial es el *evolutionist model of interpretation*, que patrocina cambios en el modo de interpretación del texto constitucional según el entorno social y del pensamiento filosófico-jurídico(36).

Judicial activism y modelo evolutivo de interpretación constitucional, son claves importantes para encuadrar adecuadamente lo que podría llamarse "ciclo histórico" en materia de objeción de conciencia ante las Cortes de Justicia de EUA.

(34) E. Allan Farnsworth, *An Introduction to the Legal System of the United States*, Oceana Publications 1983, pág.11. Karl N. Llewellyn, *The Case Law System in America*, The University of Chicago Press, 1989.

(35) Frente al *judicial activism*, el *judicial restraint* postula el respeto, la deferencia del juez ante la acción emanada de los otros órganos democráticos.

(36) En contra del modelo evolutivo, se encuentra el *strict constructionism*. Cfr. Alexander Aleinikoff, *Constitutional Law in the Age of Balancing*, 96 Yale L.J. 943, 953-963; Derek Davis, *Original Intent.- Chief Justice Rehnquist and the Course of American Church-State Relations*, Prometheus Books (Buffalo, 1991), pág. 13-23; VV.AA. *The Constitutional Law Dictionary*, ABC-CLIO, California, 1985, vol. I, págs 428-429 (*judicial activism, judicial restraint*).

Un ciclo que nace en torno a 1940 y que parece llegar a su fin en 1990(37).

2.2.1. Primera fase: las cláusulas religiosas y el Tribunal Supremo norteamericano. La doctrina de la "incorporación".

Aunque los tribunales norteamericanos habían conocido de casos relacionados con la objeción de conciencia y con la libertad religiosa individualmente considerada (especialmente en el campo de la objeción de conciencia al servicio militar)(38), antes de 1940 la Corte Suprema nunca acogió una alegación de libre ejercicio de la religión, y nunca aplicó la Primera Enmienda a los Estados de la Unión, a excepción de dos decisiones sobre financiación federal(39) y el conocido caso *Reynolds v. United States*(40), sobre la práctica de la poligamia por parte de los

(37) La *Rehnquist Court* sería el brote emergente de una nueva tendencia, caracterizada por el *judicial restraint* o *deference*, el *strict constructionism*, y la defensa de los derechos de los Estados frente al poder central federal. Cfr. Derek Davis, *Original Intent.- Chief Justice Rehnquist and the Course of American Church-State Relations*, Prometheus Books (Buffalo, 1991). En este libro, Davis analiza cómo estos principios defendidos por el magistrado y Presidente del Tribunal Supremo William Rehnquist condicionan los resultados de las decisiones sobre libertad religiosa.

(38) *People v. Phillips*, Court of General Sessions, City of New York (june 14, 1813), *People v. Smith*, 2 City Hall Recorder (Rogers) 77 (N.Y. 1817), ambos sobre conflicto entre sigilo sacramental de clérigos católicos y deber de testificar en juicio penal; *Simon's Executors v. Gratz*, 2 Pen. & W. 412 (Pa. 1831) sobre negativa a comparecer ante el tribunal en el *sabbath*; *Commonwealth v. Leshner*, 17 Serg. & Rawle 155 (Pa. 1828) y *State v. Wilson*, 13 S.C.L. (2 McCord) 393 (1823), sobre objeción de conciencia al jurado (vid. capítulo IX, 2.1.). Cfr. Michael W. McConnell, *The Origins and Historical Understanding of Free Exercise of Religion*, 103 Harv.L.Rev. 1410, 1503-1511 (1990).

(39) *Quick Bear v. Leupp*, 210 U.S. 50 (1908), que sostiene el derecho de los Indios Sioux a recibir becas estatales para desarrollar sus estudios en unas escuelas confesionales católicas; *Bradfield v. Roberts*, 175 U.S. 291 (1899), que sostiene el derecho de un hospital confesional católico del Distrito de Columbia a recibir fondos federales.

(40) *Reynolds v. United States*, 98 U.S. 145 (1878).

mormones(41).

La Doctrina de la "Incorporación"(42), condujo a la desmembración —en virtud de esa incorporación "selectiva"— de la hasta ahora unitaria garantía de la libertad religiosa, en dos "cláusulas" o proposiciones independientes: *free exercise clause* (*Congress shall make no law (...) prohibiting the free exercise thereof*) y *establishment clause* (*Congress shall make no law respecting an establishment of religion*). Esta desmembración cristalizó en 1947, a través de la sentencia *Everson v. Board of Education*(43). En ella, se elevó a rango de principio constitucional la separación de las iglesias y el Estado.

De esta interpretación independiente de ambas proposiciones(44), se sigue —a su vez— dos cuerpos de doctrina jurisprudencial separados, pero no incommunicables. Esto ha llevado a resultados contradictorios, según la cláusula que se adopte para estudiar el supuesto. El motivo de esta contradicción es bien sencillo: la *Establishment Clause* (interpretada por la Corte Suprema como defensora de la separación entre la Iglesia y el Estado) generó una jurisprudencia que comienza con

(41) John T. Noonan, Jr, *The Believer and The Powers That Are*, xiii (1987).

(42) Vid. *ATL incorporation*. Esta doctrina tiene su primer reflejo en lo que a la libertad religiosa se refiere en la sentencia *Cantwell v. Connecticut*, 310 U.S. 296 (1940), sobre la distribución de literatura religiosa, articulando la decisión sobre una doble base: libertad de expresión y libertad religiosa. Cfr. Gloria M. Morán, "La protección jurídica de la libertad religiosa en U.S.A.", Universidad de Santiago de Compostela, 1989, pág. 41-43; Henri J. Abraham, *Freedom and The Court, Civil Rights and Liberties in the United States*, Oxford University Press, ed. 1982, 28-91.

(43) *Everson v. Board of Education*, 330 U.S. 1 (1947), sobre el reembolso de transporte escolar en favor de los padres de alumnos de escuelas privadas confesionales. Declaró constitucional dicha práctica administrativa.

(44) Cfr. Mary Ann Glendon, Raul F. Yanes, *Structural Free Exercise*, 90 Mich.L.Rev. 477, 489 (1991).

la metáfora del "muro de separación"(45) y culmina con el llamado *Lemon test*(46), criterio de decisión basado en un examen tripartito de constitucionalidad. Por el contrario, la *Free Exercise Clause* generó una jurisprudencia basada en el *balancing test*, un conflicto de valores que se resuelve a favor de la libertad religiosa si no hay un interés primordial del Estado que justifique la restricción de dicha libertad(47).

(45) El texto decisión *Everson* (330 U.S. at 15-16) contenía la metáfora *wall of separation between church and state* de Jefferson, traída a colación por el ponente, magistrado Black. Como después indicaría Rehnquist, no puede construirse una doctrina constitucional a partir de una nota de cortesía escrita por Jefferson desde Francia (cfr. *Wallace v. Jafree*, 472 U.S. 38, at 92, 1985).

(46) Este control, que sustituye a la poco útil *wall metaphor*, se compone de tres barreras cumulativas sobre la práctica o normativa de que se trate: (1) propósito secular; (2) primer efecto ajeno a la religión (*neither advance nor inhibit*), (3) no promocionar una relación excesiva (*excessive entanglement*) entre la religión y el Estado. Cfr. *Lemon v. Kurtzman*, 403 U.S. 602, at 614 (1971). Para algunos autores, conlleva la consagración de la tesis separacionista en las relaciones Estado-Religión (cfr Michael W. McConnell, *The Religion clauses of the First Amendment: Where is the Supreme Court Heading?*, 32 Catholic Lawyer 189, 1988-1989). En el mismo sentido, Gloria M. Morán en *La Protección Jurídica de la Libertad Religiosa en U.S.A.*, Universidad de Santiago de Compostela, 1989, pág. 51 E incluso, el *Lemon test* se manifiesta en la práctica inaplicable, y en la teoría hostil hacia la religión. Cfr. Mary Ann Glendon, Raul F. Yanes, *Structural Free Exercise*, 90 Mich.L.Rev. 477, 503 (1991).

(47) Cfr. *Developments.- Religion and The State*, 100 Harv.L.Rev. 1606, 1631 y ss. (1987). Si ambas cláusulas desarrollan una jurisprudencia expansiva, resultará, por ejemplo, que conforme a la *Free Exercise Clause* los alumnos de un colegio público tendrán derecho a ser eximidos de ciertas lecturas relacionadas con el evolucionismo o con una educación sexual contraria a sus creencias morales, mientras que bajo los criterios de la *Establishment Clause* el Estado debe permanecer absolutamente neutral -y más en la escuela pública- con el fin de no producirse un *excessive entanglement* (una relación excesiva) con el factor religioso (a este respecto, sirva de ejemplo la decisión *Mozert v. Hawkins County Board of Education*, 827 F.2d 1058, 6th Cir.1987). O, en el mismo campo de la enseñanza pública, un profesor tiene el derecho conforme a la *Free Exercise Clause* de vestir conforme a su credo religioso (barbas, túnicas, turbantes de los Sikh, cabello trenzado de los *rastafarian*), mientras que la *Establishment Clause* parece obligar a que no transmita en la escuela a sus alumnos ningún mensaje de tipo religioso que pueda influenciarles hacia determinadas creencias (sobre este supuesto, vid. capítulo V, 4.).

No obstante, en esta primera época, la Corte Suprema no tuvo ocasión de enfrentarse a la polémica de las *free exercise exemptions*(48), ya que, por el momento, sólo se estaba produciendo la expansión de la *establishment clause* que generó la inversión del tenor literal de la Primera Enmienda(49): del derecho al libre ejercicio de la religión (primera parte de la proposición) a la neutralidad estatal a ultranza (segunda parte de la misma).

2.2.2. Segunda fase: la "Revolución de los Derechos civiles" en el Tribunal Supremo. El *balancing test* como forma de tratamiento jurisprudencial de la objeción de conciencia.

Hacia la mitad de los cincuenta, surge una nueva tendencia (cuyos factores se han aludido antes) en la jurisprudencia norteamericana, dispuesta a hacer de la ley un agente de transformación social en pro de los derechos civiles. Jueces como Warren, Black, Fortas, Brennan, Douglas, Clark, White, Harlan y Stewart analizarán las cláusulas religiosas bajo una nueva perspectiva, propiciada por el error histórico ya expuesto, consistente en la división de la proposición de la Primera Enmienda en dos cláusulas separadas, en virtud de la Doctrina de la "Incorporación".

La era protagonizada por Burger como Presidente del Tribunal Supremo, adopta tres principios de fondo en la protección de la libertad religiosa: derechos individuales, separacionismo ó neutralidad y defensa de minorías. La era Burger, sin embargo, acusó las dificultades de la cabal aplicación del "muro de separación".

(48) Tan sólo, de alguna forma, en *Torcaso v. Watkins*, 367 U.S. 488 (1961), sobre inconstitucionalidad de la declaración de creencia religiosa como condición de beneficios o cargos públicos en la Constitución de Maryland. Curiosamente, en esta sentencia ambas "cláusulas" o proposiciones se refuerzan mutuamente en la protección del no-creyente.

(49) Cfr. Mary Ann Glendon, Raul F. Yanes, *Structural Free Exercise*, 90 Mich.L.Rev. 477, 492 (1991).

En todo caso, a esta época pertenece la decisión *Sherbert*(50), que supuso el reconocimiento de un espacio de constitucionalidad para la objeción de conciencia. *Sherbert* abrió la posibilidad —que el Tribunal no se molesta en demostrar históricamente— de exenciones a leyes *primo effecto* neutrales, si gravan la libertad religiosa del individuo; esa posibilidad se encauza a través de un *balancing test* que sopesa la libertad de ejercicio y los intereses del Estado.

En la decisión *Sherbert* aparece aplicado el *balancing test* a la objeción de conciencia. La metáfora del *balancing* se refiere a una teoría de interpretación constitucional que tiene sus raíces en el realismo jurídico norteamericano. Supone identificación, evaluación y comparación de intereses en conflicto o en concurrencia, dando un determinado valor o rango a esos intereses. El *balancing* enfoca directamente la atención a los intereses o factores en sí mismos, entendiendo que ambos tienen una legitimidad inicial, un reconocimiento en la constitución o en las leyes(51). Su campo originario es el análisis jurisprudencial de la *free speech clause* y, por extensión, de los derechos civiles. El *balancing test* resulta provechoso, porque pone a los agentes jurídicos en contacto con la realidad, y facilita elementos de juicio cuando precisamente los dos valores gozan de protección. El inconveniente es su generalidad, su indefinición, la falta de criterios objetivos, que hacen de él —y más en el sistema judicial norteamericano— una herramienta apta al servicio de cualquier tipo de "política judicial"(52).

(50) Esta decisión reconoce el derecho constitucional de un objetor de conciencia al trabajo en determinados días de la semana, a recibir subsidio de desempleo, a pesar de haber abandonado su empleo —y no aceptar otros que se le ofrecieron— por exigirle trabajar en el *Sabbath*, causa que no genera despido improcedente ni causa justificada de abandono del empleo. Para una exposición del caso *Sherbert* y su relación con las objeciones laborales, me remito al capítulo III.

(51) Cfr. T. Alexander Aleinikoff, *Constitutional Law in the Age of Balancing*, 96 Yale L.J. 943, 945-946 (1987). Respecto de este artículo, resulta más que sospechoso que el Profesor Aleinikoff no estudie la aplicación del *balancing test* a la libertad religiosa. Cfr. VV.AA. *The Constitutional Law Dictionary*, ABC-CLIO, California, 1985, vol. I, pág. 388.

(52) Aunque el *Sherbert test* pertenece al análisis constitucional del *balancing*, posee unas características propias, que colocan como umbral otras operaciones judiciales. Estas

El *balancing test*, en este ámbito particular de la objeción de conciencia(53), comprende la determinación de la sinceridad de las creencias del demandante(54) y, siendo esta probada, recaerá en el demandado la carga de

técnicas -*processes of adjudication* - despojan la reclamación de su ropaje antes de entrar en el *balancing*, y sirven para seleccionar a los auténticos objetores ó demandantes de protección vía primera enmienda, de aquellos que no lo son. Cfr. Ira C. Lupu, *Where Rights Begin: The Problem of Burdens on the Free Exercise of Religion*, 102 Harv.L.Rev. 933, 955 y 937 (1989).

(53) Téngase en cuenta que el *balancing test* no es un modelo estático, sino que ha ido experimentando variaciones. Cfr. *dissenting opinion* de Sandra D. O'Connor en *Goldman v. Weinberger*, 475 U.S. at 529. Vid. capítulo V, 3.

(54) La sinceridad de las creencias aparece como criterio relevante para la ley en gran variedad de situaciones a lo largo de la historia legal angloamericana, junto con la buena fe y otros "estados mentales" con trascendencia jurídica. En la jurisprudencia sobre libertad religiosa, los conceptos sinceridad-religiosidad están estrechamente vinculados: *United States v. Kuch*, 288 F.Supp. 439 (D.D.C. 1968), *is a rare instance in which to state the supposed tenets of a group is to reveal the substantial insincerity of its members. For example, the "Catechism and Handbook" contained pronouncements of Chief Boo Hoo, and the group's official songs were "Puff, the Magic Dragon" and "Row, Row, Row Your Boat". Id. at 444. The opinion affords an interesting example of how, in practice, threads of insincerity and nonreligiousness can run together.* Kent Greenawalt, *Religion as a Concept in Constitutional Law*, 72 Calif.L.Rev. 753, 780 (1984). La sinceridad se objetiva en relación con las declaraciones, conductas y afirmaciones del reclamante-objeto. Para McConnell, la sinceridad de las creencias es de alguna forma el reflejo de la histórica exigencia legislativa de pertenencia del objeto a una confesión conocida. Cfr. Michael W. McConnell, *The Origins and Historical Understanding of Free Exercise of Religion*, 103 Harv.L.Rev. 1410, 1472-1473 (1990). Sin embargo, el examen de sinceridad de creencias, no está exento de cierta crítica: Primero, por cuanto despierta, en palabras del profesor Ira Lupu, "el mal aroma de lo inquisitivo" especialmente "desagradable" en el sistema angloamericano. Segundo, porque de alguna manera el examen de insinceridad juega inconscientemente en contra de los objetores pertenecientes a confesiones minoritarias, nuevas, poco populares. Por último, porque la indagación en la sinceridad de las creencias no permite establecer criterios con valor de precedente, que fijen su objeto y alcance; este examen opera "al detalle", sobre un esquema *case by case* (cfr. Ira C. Lupu, *Where Rights Begin: The Problem of Burdens on the Free Exercise of Religion*, 102 Harv.L.Rev. 933, 954, 1989).

probar la existencia de un alto o compulsivo interés estatal (*compelling state interest*)(55) que justifica la infracción de la libertad del demandante y que no puede lograrse a través de otros medios menos restrictivos o lesivos para la libertad infringida(56). En caso de que el demandado no logre demostrar la presencia de ese interés estatal, o de que exista un medio menos restrictivo para la libertad, el litigio se fallará a favor del objeto.

A la vez, *Sherbert* se convierte en el canal por el que la Corte Suprema norteamericana envía un mensaje a los cuerpos legislativos federal y estatales, a los organismos administrativos y a la sociedad en general: la posibilidad de lograr exenciones para las objeciones de conciencia a través de la vía instaurada(57). Los objetores religiosos podrán hacer valer sus pretensiones no sólo ante el legislativo, sino que podrán lograr protección constitucional también ante los tribunales. Realmente, este mensaje ha tenido un eco importante(58).

(55) Sobre las posibles clases de intereses estatales en juego, vid. Donald A. Giannella, *Religious Liberty, Nonestablishment and Doctrinal Development. Part I.- The Religious Liberty Guarantee*, 80 Harv.L.Rev. 1381, 1390-1416 (1967) y Michael W. McConnell-Richard A. Posner, *An Economic Approach to Issues of Religious Freedom*, 56 U.Chi.L.Rev. 1, 46-47 (1989).

(56) *The state may justify an inroad on religious liberty by showing that it is the least restrictive means of achieving some compelling state interest. Thomas v. Review Board of Indiana Employment Security Division*, 450 U.S. 707 at 717 (1981); *Johnson v. Motor Vehicles Division*, Colo., 593 P.2d 1363 (1979), sobre fotografías en documentos de identidad (vid. capítulo V. 5.2.2.); (...) *The District has not demonstrated that requiring a religious objector to provide his social security number in order to obtain a driver's license is the least restrictive means of achieving the concededly vital public safety objective at stake*. En nota a pie, se especifica: *Leahy observed that accommodating his objection would not require the District to establish new procedures, for the city already had in place an alternate system of numbers, used for issuing diplomatic driver's licenses. Leahy v. District of Columbia*, 833 F.2d 1046, at 1049 (D.C.Cir. 1987), sobre el mismo tema. Cfr. *Developments.- Religion and the State*, 100 Harv. L.Rev. 1606, 1751 (1987).

(57) Cfr. Mary Ann Glendon, Raul F. Yanes, *Structural Free Exercise*, 90 Mich.L.Rev. 477, 532 (1991).

(58) La resonancia jurídica de la decisión *Sherbert* ha sido muy grande: desde 1963 hasta mayo de 1990, las cortes federales norteamericanas han citado la decisión en 546

No obstante, hay algunas posibles claves interpretativas de *Sherbert*, que permiten ver la decisión desde perspectivas más amplias que un simple "cheque en blanco" a la objeción de conciencia religiosa. Primero, la *category neutrality*(59): tratar a la conciencia religiosa bajo el criterio de la igualdad con otros motivos que sí entran dentro de esa *good cause* o causa justificada que permite el acceso al subsidio de desempleo(60). Por tanto, es la no discriminación el criterio decisivo para la objeción de conciencia, pero no la cabal aplicación de la dimensión individual de la libertad religiosa. Segundo, que el ordenamiento jurídico está dispuesto a reconocer la objeción de conciencia religiosa en la dimensión de conducta omisiva, con bajo impacto social. Lo que, en palabras de Tushnet, podríamos llamar, principio

sentencias, y las cortes estatales lo han hecho en 393 ocasiones: 939 veces en 27 años. Cfr. Mitchell A. Tyner, *Is Religious Liberty a "Luxury" We Can No Longer Afford*, en *Liberty: A Magazine of Religious Freedom* 85 (Sept.-Oct. 1990), pág. 3-7. Pero, a la vez, las *religious exercise exemptions* susurran al oído de los jueces la posibilidad de enfrentarse en no mucho tiempo con una cadena interminable de reclamantes demandando su exención, que lleva a los jueces no excesivamente comprometidos con el *judicial activism* a poner barreras previas al ejercicio del *balancing test*. Ira C. Lupu, *Where Rights Begin: The Problem of Burdens on the Free Exercise of Religion*, 102 Harv.L.Rev. 933, 947 (1989).

(59) Consistente en garantizar que el Estado trata el fenómeno religioso en un plano igual a otras categorías de creencia, preferencia ó motivación, según el *dissenting* de Harlan en la sentencia *Sherbert v. Verner*, 374 U.S. 398, at 420: *What the Court is holding is that if the State chooses to condition unemployment compensation on the applicant's availability for work, it is constitutionally compelled to carve out an exception -and to provide benefits- for those whose unavailability is due to their religious convictions.*

(60) Encontramos un eco de esta forma de entender la cuestión en *Bowen v. Roy*, 476 U.S. 693 (1986), sobre la objeción de conciencia a los números identificativos de la Seguridad Social por parte de miembros de la *Abenaki Tribe*. Vid. capítulo V. 2. En su voto particular, el magistrado Stevens afirmó que, existiendo un régimen legal de exenciones al requerimiento del número de seguridad social, era discriminatorio para la religión no entrar dentro de este régimen: *To the extent that other food stamp and welfare applicants are, in fact, offered exceptions and special assistance in response to their inability to "provide" required information, it would seem that a religious inability should be given no less deference. For our recent free exercise cases suggest that religious claims should not disadvantaged in relation to other claims.* 476 U.S. at 692. A este respecto, cfr. Michael McConnell, *Free Exercise Revisionism and the Smith Decision*, 57 U.Chi.L.Rev. 1109, 1140 (1990), al hablar de la *theory of handicap discrimination*.

de marginalidad(61). Tercero, *Sherbert* es un tipo específico y concreto, que en la doctrina norteamericana se denomina *unemployment compensation case*. Por tanto, su valor como precedente estará en relación con la semejanza del supuesto siguiente. Es decir, es restringible a un campo muy concreto, sin que sea sencillo trasladar sus conclusiones a otras objeciones de conciencia(62).

2.2.3. Tercera fase: la emergencia de la *deference doctrine* y la objeción de conciencia.

En 1986, el Presidente de los Estados Unidos, Ronald Reagan, nombra Presidente de la Corte Suprema a William Rehnquist. Comienza una nueva etapa, una solución de continuidad, caracterizada por la *judicial deference*, *strict constructionism*, vigorización del poder y de las competencias de los Estados.

Las *free exercise exemptions* y, por tanto, la objeción de conciencia, no son ajenas a esta nueva etapa. En concreto, la sentencia *Smith II*(63) cerrará el

(61) Cfr. Mark Tushnet, *The Constitution of Religion*, 18 Conn.L.Rev. 701, 713 (1986). El Estado está dispuesto a reconocer lo menos (una lesión "indirecta" a la libertad religiosa, encarnada esta en una conducta omisiva) y lo más (como sería, por ejemplo, la proscripción de una determinada confesión ó creencia), pero no grados intermedios (objeción fiscal, o exenciones a leyes penales, por ejemplo).

(62) En efecto, de un total de 17 casos entre 1963 y 1990, la Corte Suprema no volvió a conceder *free exercise exemptions* más que en 4: *Frazee v. Illinois Dep't of Employment Sec.*, 489 U.S. 829 (1989); *Hobbie v. Unemployment Appeals Comm'n*, 480 U.S. 136 (1987); *Thomas v. Review Bd. of Ind. Employment Sec.Div.*, 450 U.S. 707 (1981) (vid. capítulo III, 2.9. y 2.10 para estos casos); y *Wisconsin v. Yoder*, 406 U.S. 205 (1972). Estaba restringiendo, de hecho, su doctrina al campo de los *unemployment compensation cases*.

(63) *Employment Division, Department of Human Resources of Oregon v. Smith*, 110 S.Ct. 1595 (1990). Se denomina a esta sentencia como *Smith II*, por cuanto la Corte Suprema en 1988 reenvió el caso con el fin de que la Corte Suprema de Oregon decidiera si era legal el uso de peyote en el Estado. Aunque en el capítulo V analizaré esta sentencia, es preciso traer aquí a colación el supuesto y los criterios de solución. Al igual que en *Sherbert*, se trata de dos peticionarios de subsidio de desempleo que fueron despedidos de

ciclo de libertad religiosa individual. La Corte Suprema indica en la decisión *Smith II* que: a/ si una conducta está sancionada criminalmente, no es planteable (ante la jurisprudencia) la infracción de la libertad religiosa por medio del *compelling state interest*; b/ la sede propia para lograr exenciones a las normas jurídicas de aplicación general es las cámaras legislativas⁽⁶⁴⁾; c/ la posibilidad de invocar la doctrina del *compelling state interest test* queda circunscrita al campo de los *unemployment compensation cases* y a aquellos supuestos que la Corte denomina *hybrid cases*: aquellos que comprendan no sólo libertad religiosa, sino también otra libertad fundamental constitucionalmente protegida⁽⁶⁵⁾.

su trabajo en un organismo de rehabilitación de toxicómanos, puesto que consumían peyote (sustancia clasificada como droga) en las ceremonias de la *Native American Church*. Tras diversos avatares en las Cortes estatales, finalmente, en recurso de *writ of certiorari*, la Corte Suprema Federal falla a favor de la plena aplicabilidad de la ley estatal e indica que esta no infringe la *Free Exercise Clause*. La diferencia material fundamental de este caso con el presentado en *Sherbert* es que la conducta religiosa está penalmente proscrita y que la ley criminal no deja un margen al poder ejecutivo que le permita discriminar la religión (que es lo que ocurría en el *unemployment compensation case* de 1963).

(64) (...) *so also a society that believes in the negative protection accorded to religious belief can be expected to be solicitous of that value in its legislation as well. It is therefore not surprising that a number of States have made an exception to their drug laws for sacramental peyote use. (...) But to say that a nondiscriminatory religious-practice exemption is permitted, or even that it is desirable, is not to say that it is constitutionally required, and that the appropriate occasions for its creations can be discerned by the courts. It may be fairly said that leaving accommodation to the political process will place at a relative disadvantage those religious practices that are not widely engaged in; but that unavoidable consequence of democratic government must be preferred to a system in which each conscience is a law unto itself* (...) Ibid. at 1606.

(65) Las voces de alarma no se hicieron esperar (cfr. Michael W. McConnell, *Free Exercise Revisionism and the Smith Decision*, 57 U.Chi.L.Rev. 1109, 1990; James E. Wood, *Abridging the Free Exercise Clause*, 32 JCS 741, 1990; Douglas Laycock, *The Remnants of Free Exercise*, 1990 Sup.Ct.Rev. 1, 1990; James D. Gordon III, *Free Exercise on the Mountaintop*, 79 Cal.L.Rev. 91, 1991). Algunos sectores doctrinales, sin embargo, dieron una calurosa bienvenida al cambio de orientación de la Corte (cfr. William P. Marshall, *In Defense of Smith and Free Exercise Revisionism*, 58 U.Chi.L.Rev. 308, 1991). Para voces tal vez más moderadas, el paso del tiempo demostrará que *Smith* pasará a la historia simplemente de un caso judicial que refleja la lucha anti-droga en EUA (cfr. Mary Ann Glendon, Raul F. Yanes, *Structural Free Exercise*, 90 Mich.L.Rev. 477, 532, 1991), un caso que en la práctica no afectará a los supuestos de que eran amparados en la

Queda así cerrado un ciclo jurisprudencial que dió cobijo a la objeción de conciencia. Sobre el futuro de la misma, la doctrina espera ver cómo se pronuncia la Corte Suprema sobre el caso *Church of the Lukumi Babalu Aye Inc. v. Hialeah*(66), sobre las regulaciones municipales del sacrificio de animales, que afectan de lleno al código moral de la secta denominada "Santeros".

2.2.4. Propuestas doctrinales de nuevos criterios jurisprudenciales.

El vacío provocado por la decisión *Smith II*, y —con anterioridad— las críticas al *Sherbert test*, llevó a la doctrina a proponer nuevos criterios para la evaluación jurisprudencial de las *free exercise exemptions*.

Las primeras propuestas corresponden a J. Morris Clark(67), que entiende posible un escalonamiento de la objeción de conciencia con las siguientes soluciones: primero, que el Estado intente satisfacer su interés "puenteando" la voluntad del objetor, que no vería así gravada su conciencia por un mal consentido (teoría del "falso conflicto"); segundo, si no logra de ese modo su objetivo, entra en juego el *balancing test*, pero de acción limitada: el Estado puede hacer prevalecer su legislación prohibiendo conductas activas, salvo que el individuo objetor se encuentre motivado por razones morales que le fuerzan a una actuación que sólo afecta a él y a sujetos que consienten con plena capacidad.

Por otro lado, un artículo del *Yale Law Journal* de 1980(68), propone el

jurisprudencia antes del cambio de orientación (cfr. James E. Ryan, *Smith and the Religious Freedom Restoration Act: An Iconoclastic Assessment*, 78 Va.L.Rev. 1407, 1429 y ss., 1992) o un caso mal construido y sin trascendencia histórica.

(66) *Church of the Lukumi Babalu Aye Inc. v. Hialeah, Florida*, No. 91-948. 9 RFR 341 (1989).

(67) J. Morris Clark, *Guidelines for the Free Exercise of Religion*, 83 Harv.L.Rev. 327, 345 (1969).

(68) *Religious Exemptions Under the Free Exercise Clause: A Model of Competing Authorities*, 90 Yale L.J. 350, 362 (1980).

establecimiento de un "conflicto de leyes", una concurrencia de fuentes de autoridad (la estatal/la religiosa, con su correspondiente rango normativo) para la resolución de los casos.

Hay otros intentos más que podemos destacar. El profesor Pepper, por ejemplo, sugiere que las Cortes determinen si hay un "real, tangible (mensurable, concreto, no simplemente especulativo) daño a un legítimo interés del Estado"(69). McConnell propuso inicialmente, tras la sentencia *Smith II*, un criterio sencillo: determinar si la práctica religiosa atenta contra la paz o seguridad del Estado(70). Y para el caso de que el supuesto sea alegado por grupos religiosos minoritarios, propuso un criterio distinto: ¿es tan importante el interés estatal como para imponer un gravamen de esta magnitud en la mayoría con el fin de lograr ese interés?(71). El profesor Ira Lupu, por su parte, propone un *common law test*: la actuación del gobierno es lesiva si esa misma acción, cometida por un particular, es demandable (*actionable*), bajo los principios generales del derecho (más propiamente, del *common law*)(72).

2.3. Objeción de conciencia y tratamiento legislativo.

Dedicar un amplio espacio al tratamiento jurisprudencial de la objeción de conciencia queda justificado, por cuanto ha acaparado el protagonismo jurídico en la segunda mitad de nuestro siglo.

(69) Stephen L. Peeper, *The Conundrum of the Free Exercise Clause- Some reflections on Recent Cases*, 9 N.Ky.L.Rev. 265, 289 (1982).

(70) Michael W. McConnell, *The Origins and Historical Understanding of Free Exercise of Religion*, 103 Harv.L.Rev. 1409, 1461 (1990).

(71) Michael W. McConnell, *Free Exercise Revisionism and the Smith Decision*, 57 U.Chi.L.Rev. 1109, 1147 (1990)

(72) Cfr. Ira C. Lupu, *Where Rights Begin: The Problem of Burdens on the Free Exercise of Religion*, 102 Harv.L.Rev. 933, 966 (1989).

Sin embargo, no podemos cerrar los ojos a la realidad de las adaptaciones a la objeción de conciencia a través de los *statutes*, de las leyes y normas, federales y estatales, que también han otorgado zonas de exención para los objetores.

La descripción de estas normas vigentes es muy amplia. En el ámbito federal, el protagonismo lo ocupa la *Military Selective Service Act* de 1948 y 1967(73) (que contiene la exención para los objetores militares). Pero también podemos encontrar otros ejemplos: el Título VII de la *Civil Rights Act* de 1964 (74)(exención para los objetores al calendario laboral con descanso dominical), la modificación de la *National Labor Relations Act* de 1980(75)(objetores de conciencia a las cuotas sindicales), la Cláusula federal de objeción de conciencia al aborto(76), o *Church Amendment*. Hasta 1983, también la legislación federal recogía una exoneración de culpa civil para los padres que remediaran la enfermedad de sus hijos con medios exclusivamente espirituales(77). En materia fiscal, la legislación federal exime de cuotas de Seguridad Social a trabajadores por cuenta propia, que sean objetores fiscales que pertenezcan a determinadas confesiones religiosas(78).

Los ejemplos en las legislaciones estatales aún son más abundantes. En muchos casos, la legislación estatal no hace más que reproducir en su propio ordenamiento lo que la legislación federal ha establecido. En otros casos, las legislaciones estatales van más allá, como es el caso de la exención criminal de padres objetores a

(73) Vid. capítulo II, 2.2.

(74) Vid. capítulo III, 1.1.

(75) Vid. capítulo III, 3.5.

(76) Vid. capítulo VII, 5.1.

(77) Cfr. James T. Richardson, John Dewitt, *Christian Science Spiritual Healing, the Law, and the Public Opinion*, 34 JCS 548, 551 (1992).

(78) Vid. capítulo IV, 4.

tratamientos médicos, en caso de fallecimiento del hijo gravemente enfermo(79). Algunos Estados, en sus Constituciones, han establecido cláusulas de libertad de conciencia, como es el caso de Minnesota(80).

El problema parece entonces tornarse hacia la *Establishment Clause*: según la lectura que de la misma ha hecho hasta ahora la Corte Suprema Federal, el Estado no puede, a fin de permanecer completamente neutral, incurrir en un *excessive entanglement* (relación excesiva, literalmente "lío, embrollo") con la religión. En efecto, esta ha sido la postura mantenida por la Corte Suprema en el caso *Thornton v. Caldor*(81), ante una ley que ofrecía una protección a ultranza a los *sabbatarian*(82). Sin embargo, téngase en cuenta que el tenor de aquella ley excluía la posibilidad de negociación entre empleador y trabajador y, por tanto, su contenido era completamente peculiar respecto de otras legislaciones similares en la materia(83).

Por otro lado, la presencia de legislación exoneradora en un determinado ámbito de objeción no excluiría la intervención de la jurisprudencia a la hora de aclarar y delimitar los conceptos contenidos en los *statutes*. Un modelo de esta intervención, que a su vez genera reformas legislativas, se ha dado en la objeción de conciencia militar.

(79) Vid. capítulo VI, 3.3.2

(80) Cfr. *In re Hill-Murray Fed'n of Teachers v. Hill-Murray High School*, 487 N.W.2d 857 (Minn. 1992), 12 RFR 401.

(81) *Estate of Thornton v. Caldor*, 472 U.S. 703 (1985). Vid. capítulo III, 2.7.

(82) Cfr. *Developments.- Religion and the State*, 100 Harv.L.Rev. 1606, 1737 (1987).

(83) Debe tenerse también en cuenta que la *Rehnquist Court*, a tenor de la sentencia *Smith II*, es más proclive a permitir que las objeciones de conciencia tengan su cauce usual de solución en el legislativo. En efecto, la Corte parece entender que la neutralidad que la *Establishment Clause* exige es compatible con la adaptación legislativa, o *accommodation*, a la vez que se manifiesta más respetuosa hacia la normativa de los Estados.

Por otra parte, en 1990 —poco después del resultado desconcertante de la decisión *Smith II*— los grupos de presión religiosos⁽⁸⁴⁾ promovieron ante el Congreso de los EUA la *Freedom Restoration Act*⁽⁸⁵⁾. Este proyecto contiene los elementos fundamentales del *Sherbert test*⁽⁸⁶⁾ y en su sección 1. (c) dispone la posibilidad de acudir a los tribunales federales o estatales para la protección de la libertad religiosa⁽⁸⁷⁾. El proyecto sería aplicable a las actuaciones administrativas a nivel federal, estatal y municipal. La *Freedom Restoration Act* tendría dos efectos fundamentales: devolver el papel protagonista a los tribunales en materia de objeción de conciencia, y provocar una inhibición en los cuerpos legislativos que, en lugar de analizar y valorar las posibles objeciones de conciencia a la legislación que se pretende aprobar, preferirían que esa farragosa tarea fuera realizada por el poder judicial⁽⁸⁸⁾.

(84) Entre las agrupaciones que apoyan el proyecto, se encuentran: el *National Council of Churches*, el *American Jewish Congress*, la *General Conference of Seventh-Day Adventist*, la *National Association of Evangelicals*, el *Agudath Israel of America*, el *Baptist Joint Committee of Public Affairs*, y la *Native American Rights Fund*.

(85) *Religious Freedom Restoration Act of 1990*, 101st Cong, 2d Sess, 136 Cong Rec H5695 (26 de Julio de 1990). Reintroducida como proyecto en junio de 1991 y en 1992, goza del apoyo de al menos 193 miembros de la *House of Representatives*. En las reintroducción de 1991 no queda claro la legitimación activa: si lo es a favor de individuo afectado exclusivamente, o se permite la demanda de grupos, organizaciones y corporaciones religiosas.

(86) El proyecto establece que "el Gobierno no infringirá el libre ejercicio de la religión de un individuo, incluso cuando esa infracción resulta de una regla o norma de general aplicación", salvo cuando "demuestre que la infracción (1) es esencial para la promoción de un alto interés del Estado (*compelling governmental interest*) y (2) es el medio menos restrictivo para la promoción de dicho interés". Cfr. H.R. 2797, 102d Cong., 1st Sess. § 3(a)(b) (1991).

(87) (c) *CIVIL ACTION*. - *A party aggrieved by a violation of this section may obtain appropriate relief in a civil action in a federal or state court of competent jurisdiction. Appropriate relief shall not extend beyond injunctive and declaratory relief.* Sobre el proyecto legislativo, cfr. James E. Wood, Jr. *The Religious Freedom Restoration Act*, 33 JCS 673 (1991).

(88) Cfr. James E. Ryan, *Smith and the Religious Freedom Restoration Act: An Iconoclastic Assessment*, 78 Va.L.Rev. 1407, 1437-1441 (1992).

Indicar, por último, que el tratamiento jurídico de las objeciones de conciencia en los Estados Unidos nos remite a la polémica del protagonismo de la jurisprudencia ó de la legislación en la materia. La razón de tal polémica está en estimar que la jurisprudencia expansiva de la segunda mitad de siglo en relación con las objeciones de conciencia, provoca o genera una tarea cuasi-legislativa que resulta inadmisibile en un sistema democrático. La toma de posición del Estado ante las objeciones de conciencia correspondería, dada la seriedad que reviste una exención a la norma general, al poder legislativo, y deben ser las cámaras legislativas federal y estatales las que determinen, en representación del pueblo soberano, la oportunidad o no de la exención. Tal es la conclusión que el magistrado Antonin Scalia ofreció en la decisión *Smith II*(89).

¿Cuáles son las ventajas y los inconvenientes a la hora de radicar modos de solución en la jurisprudencia ó en la legislación de los Estados Unidos? La doctrina norteamericana que se ha ocupado de la cuestión se manifiesta favorable al tratamiento jurisprudencial de las objeciones, entendiendiendo que el sistema jurisprudencial es necesario(90), aunque variando las herramientas actuales.

(89) *Employment Division, Department of Human Resources of Oregon v. Smith*, 110 S.Ct. 1595 at 1606 (1990). en contra de la aplicabilidad indiscriminada de este *judicial restraint* a la libertad religiosa, Michael W. McConnell, *Religious Freedom at a Crossroads*, 59 U.Chi.L.Rev. 115, 136 (1992).

(90) Históricamente, estaría demostrado que su papel es la protección de los derechos de los ciudadanos, aunque no la elaboración-definición de los mismos. Véase, por ejemplo, las palabras de J. Madison: *If they are incorporated into the Constitution, independent tribunals of justice will consider themselves in a peculiar manner the guardians of those rights; they will be an impenetrable bulwark against every assumption of power in the legislative or the executive; they will be naturally led to resist every encroachment upon rights expressly stipulated for the Constitution by declaration of rights.* 1 Annals of Congress, 1st cong. 1s, 457. Benjamin R. Barber, *Derechos y Democracia*, 1 Facetas 2, 7 (1992). Developments.- Religion and the State, 100 Harv.L.Rev. 1606, 1731 (1987); Michael W. McConnell, *Free Exercise Revisionism and the Smith Decision*, 57 U.Chi.L.Rev. 1109 (1990).

Podría encontrarse algunas ventajas en favor de la legislación: la seguridad que proporciona al objetor ver cuál es el contenido del supuesto que se protege y cuál la medida de dicha protección, la uniformidad, tanto en los supuestos protegibles como en los resultados. Sin embargo, la exención legislativamente concedida requiere previamente un estudio del posible impacto de las consecuencias legislativas que, en ocasiones, es más bien imprevisible, o bien en cuanto a su existencia o en cuanto su alcance (en EUA, muchas leyes son *facially neutral*, no guardan en apariencia relación alguna con la conciencia ó la religión). Fenómenos tan arraigados o extendidos como la objeción militar o la fiscal permiten dicha previsión, pero no otros casos particulares y limitados (letras en las placas de automóvil, ciertas formas de objeciones a tratamientos médicos, como es el caso de las autopsias, o determinados complementos religiosos del vestuario oficial en prisiones, escuelas públicas, ejército, etc) respecto de los cuales la legislación no sabe nada hasta que el efectivo y singular "choque" se produce. Debe pensarse también que llevar una exención a las cámaras legislativas, exige un poder de influencia del que el objetor sólo en contadas ocasiones dispone(91).

Frente a lo anterior, la jurisprudencia norteamericana se ha mostrado apta para aplicar los principios constitucionales a situaciones de objeción respecto de los cuales la norma jurídica nada ha dicho —o nada tenía que decir dado su carácter de neutralidad *prima facie*. El esfuerzo de esta jurisprudencia podría cifrarse en pocas palabras: buscar la solución justa(92) ante este supuesto, en este caso singular y concreto. Los jueces norteamericanos han sabido dictaminar —con fallos y errores, por supuesto— cuándo se corría peligro de extender la objeción hasta límites peligrosos, cuándo la objeción propuesta era auténtica y de qué modo podía llegarse a una conciliación adecuada. En los casos en que la legislación ya ofrecía una

(91) No es parangonable el apoyo como *amici curiae* de grupos de presión ante los Tribunales (para el mantenimiento y promoción de una *doctrina genérica* sobre objeción de conciencia o libertad religiosa) que la promoción ante el legislativo de una exención *específica* (respecto de la cual otros grupos religiosos pueden no tener ningún interés).

(92) Cfr. Javier Martínez Torrón, *La objeción de conciencia en la jurisprudencia del Tribunal Supremo Norteamericano*, Anuario de Derecho Eclesiástico, vol. I, 1985, pág. 456.

exención, también han sabido extender ésta convenientemente a nuevos fenómenos, conforme a libertades y derechos constitucionales de amplio enunciado, o bien ha espoleado la actuación legislativa, cuando a lo largo de varias decisiones jurisprudenciales se ha otorgado exenciones que podrían volver a reclamarse en el futuro. Todo ello muestra la oportunidad del tratamiento jurisprudencial de la objeción de conciencia en EUA de dos formas: primero, como cauce adecuado para juzgar acerca de la posibilidad de exenciones a la norma cuando ésta no las prevé, en situaciones bien concretas y determinadas, siendo así que la conducta, puesta en relación con otros sectores del ordenamiento, está *in genere* constitucionalmente considerada digna de protección. Segundo, como cauce adecuado para dar un contenido más concreto y específico a los enunciados genéricos de la norma que excepciona el comportamiento del objetor. Ambas tareas son congruentes con el amplio espectro de supuestos de objeción.

En los capítulos que siguen se abordará todo el material —jurisprudencial y legislativo— que enmarcan estas consideraciones introductorias. Este análisis permitirá, en las conclusiones finales, sentar unas bases firmes que completen este primer avance sobre el tratamiento jurídico de las objeciones de conciencia en EUA.

II. OBJECCIÓN DE CONCIENCIA AL SERVICIO MILITAR

1. Introducción.

Hasta ahora, el enfoque tradicional de la la objeción militar en los EUA por parte de autores europeos ha consistido en analizar la jurisprudencia de la Corte Suprema federal relativa al problema de las naturalizaciones, la defensa armada como condición para la obtención de determinados beneficios del Estado, la ampliación de la objeción de conciencia a supuestos no estrictamente confesionales o religiosos y la legitimidad de la llamada objeción de conciencia "selectiva" o a determinados conflictos bélicos.

Sin perjuicio de abordar estos temas en este apartado, el método de estudio en este capítulo se fundamentará en la legislación que ha regulado la objeción militar en los EUA, examinando cómo la jurisprudencia federal ha ido dando concreción y completando las exigencias legales a través de supuestos particulares. Pensamos que este enfoque amplía el campo de los supuestos debatidos, haciendo, más completo el análisis de la objeción de conciencia militar en EUA.

2. Legislación en materia de objeción militar.

En Norteamérica hay tres modos diferentes de ingreso en las FF.AA.: alistamiento voluntario (*enlistment*), alistamiento forzoso (*induction*) y nombramiento (*appointment*)(1).

El alistamiento voluntario supone un contrato entre el Estado y el ciudadano en virtud del cual éste se compromete a prestar servicio en el ejército por un tiempo específico. Este contrato, naturalmente, conlleva para ambas partes unas obligaciones que, en el caso del voluntario, se concretan, entre otros elementos, en la subordinación de los derechos privados al interés público, creando unas "incapacidades", un *status* especial, el *military status*(2). Por otro lado, el alistamiento forzoso se refiere exclusivamente a los individuos que ingresan en las FF.AA. por reclutamiento (*conscription*) en virtud de las *draft law*. Por *induction* se entiende el procedimiento para completar la transición del estado civil al militar, en un período legalmente definido(3). Por último, *appointment* se aplica exclusivamente a los oficiales, en lo que se refiere a su ascenso o ingreso en la oficialidad.

Como es natural, la objeción de conciencia se plantea radicalmente respecto de las situaciones en las que el individuo tiene un deber legal de ingresar en el ejército. Es decir, el alistamiento forzoso, en sus fases de registro y clasificación, reclutamiento, servicio activo (objeción sobrevenida, *in-service conscientious objector*)

(1) Cfr. Lawrence L. Curtice, *Comment: God, the Army, and Judicial Review: The In-Service Conscientious Objector*, 56 Calif.L.Rev. 379, 385 (1968).

(2) Cfr. *In re Grimley*, 137 U.S. 147, 152 (1890), *United States v. Blanton*, 7 U.S.C.M.A. 664, 665, 23 C.M.R. 128, 129 (1957). Daniel John Meador, *Judicial Determinations of Military Status*, 72 Yale L.J. 1293 (1963).

(3) Cfr. Cfr. 50 U.S.C.A. App. §§ 451-73 (1951) *as amended*, (Supp. 1967). Las referencias al *United States Code Annotated* son directas, ya que he podido disponer del mismo en la elaboración de la memoria de doctorado.

o reserva. También se plantea la objeción de conciencia de los sujetos que ingresaron voluntariamente en el ejército y, posteriormente, objetan al servicio militar que inicialmente aprobaron. Se trata de la objeción sobrevenida de profesionales, plenamente actual, como manifiestan las decisiones *Reiser v. Stone* y *Leonard v. Department of Navy*(4).

Así las cosas, se considerará en primer lugar el tratamiento de la objeción de conciencia en las distintas *draft laws* norteamericanas, para estudiar con más detalle las últimas, las de 1948 y 1967. La ley de 1948 es resultado de las valoraciones jurisprudenciales de la objeción militar, y ha recibido, por parte de aquella y de la doctrina, una especial atención. Veremos, por tanto, en la ley del 48 la naturaleza jurídico-positiva de la objeción militar, la definición de la misma, la objeción sobrevenida, la objeción "particular", y los procedimientos legales (administrativos y judiciales) para su reconocimiento y protección. Y en la ley de 1967, se examinará la modificación de los procedimientos legales, administrativos y judiciales.

2.1. Legislación anterior a 1948.

Los problemas originados ante el Derecho por la objeción de conciencia militar están presentes desde el mismo origen de la Nación norteamericana(5). Entre 1670 y 1680, los cuáqueros defendieron en algunos estados que la libertad de conciencia les eximía del servicio armado. Su reivindicación fue atendida en Rhode Island, North Carolina y Maryland. En Georgia, la población morava reclamó ser eximida del servicio militar en el conflicto armado surgido en la Florida española. La denegación

(4) *Reiser v. Stone*, 12 RFR 258 (E.D.Pa.1992) y *Leonard v. Department of Navy*, 12 RFR 130 (D.Me.1992).

(5) Sobre la historia de la objeción de conciencia militar en EUA, resultan de interés Rotunda-Nowak-Young, *Treatise on Constitutional Law. Substance and Procedure*. St. Paul, Minn. West Publishing Co. 1986, vol. 3, pág. 414; Robert T. Miller y Ronald B. Flowers, *Toward Benevolent Neutrality: Church, State and the Supreme Court* (3rd ed), Markham Press Fund of Baylor University (1987), pág. 104 y ss.; Michael W. McConnell, *The Origins and Historical Understanding of Free Exercise of Religion*, 103 Harv.L.Rev. 1410 (1990).

de la exención fue una causa decisiva en la emigración de los moravos a Pennsylvania, entre los años 1737 y 1740, ya que en el nuevo territorios, los cuáqueros —numerosos e influyentes— lograron permanecer sin servicio militar hasta 1755, año en que se constituye un ejército estatal voluntario. En 1734 la colonia de Nueva York se enfrenta de nuevo a los cuáqueros (ya lo había hecho a finales del siglo anterior) por motivo de la objeción militar, y en 1755 se logra finalmente una exención a cambio de un tributo especial o del envío a la milicia de un sustituto. Massachusetts y Virginia adoptaron una solución similar, en 1757 y 1776 respectivamente. New Hampshire eximió a los cuáqueros del reclutamiento en 1759. Posteriormente, el Congreso Continental promovió la concesión de exención con estos términos: "en la medida en que hay algunas personas que, por razón de sus principios religiosos, no pueden emplear armas bajo ningún concepto, este Congreso pretende no violentar sus conciencias. Pero les recomienda vivamente que contribuyan con liberalidad en estos desastrosos momentos al alivio de sus hermanos perjudicados en algunas colonias, y a que realicen otros servicios, congruentes con sus creencias, en favor de su oprimido País"(6).

En los debates para la elaboración de la Constitución de 1787 y del *Bill of Rights*, el problema de la objeción militar también estuvo presente. En concreto, respecto de la carta de derechos fundamentales, no a la hora de determinar la *Free Exercise Clause*, sino a raíz de lo que sería la Segunda Enmienda, en relación con el servicio en las milicias estatales. Tres estados (North Carolina, Virginia y Rhode Island) propusieron que "cualquier persona que tenga reparos por motivos religiosos para tomar las armas debe ser eximida, siempre que pague una cantidad para que

(6) *As there are some people, who, from religious principles, cannot bear arms in any case, this Congress intend no violence their consciences, but earnestly recommended it to them, to contribute liberally in this time of universal calamity, to the relief of their distressed brethren in the several colonies, and to do all other services to their oppressed Country, which they can consistently with their religious principles.* Cfr. Resolution of July 18, 1775, 2 Journals of the Continental Congress, 1774-1789, at 187, 189 (W. Ford ed. 1905 & photo reprint 1968).

alguien las lleve en su lugar"(7). El borrador que James Madison elaboró contenía una propuesta similar, añadida a lo que es actualmente la segunda enmienda, si bien dejaba a la discreción del legislativo el tema del sustituto del objetor(8). El *Select Committee* propuso y la *House of Representatives* debatió una exención más amplia, en la que se postulaba, sin más, que ninguna persona con objeción religiosa podrá ser compelida a prestar servicio armado(9). La propuesta fue realmente controvertida: su aprobación en la Cámara de Representantes se hizo por 24 votos frente a 22, y —finalmente— la propuesta fue rechazada por el Senado.

Tal vez quepa preguntarse por qué se buscó (al menos, en el plano de las propuestas legislativas) una protección específica para el objetor militar en lugar de la protección genérica que podría otorgar al objetor religioso la Primera Enmienda de la Constitución. Se ha adelantado por la doctrina dos respuestas especialmente(10): 1/ los ejércitos dependían directamente de los estados, salvo en tiempo de guerra, con lo que la primera enmienda no era de aplicación en tiempo de paz; 2/ de la existencia (histórica) de las *free exercise exemptions* no se seguía necesariamente que la objeción militar quedara absolutamente protegida: esto es algo que se dejaría al juicio de los tribunales, pero —como defendió en su momento Elías Boudinot, representante de New Jersey en los trabajos constituyentes— resultaba prudente para una efectiva y total protección desplazar la objeción militar del campo de la primera enmienda al de la segunda.

El reconocimiento del dilema moral que la defensa militar produce en las

(7) " any person religiously scrupulous of bearing arms ought to be exempted, upon payment of an equivalent to employ another to bear arms in his stead" Cfr. 3 *The Debates in the Several State Conventions on The Adoption of the Federal Constitution* 317-318 (J. Elliot 2d ed. 1836) (june 12, 1788).

(8) *No person religiously scrupulous of bearing arms shall be compelled to render military service in person.* I *Annals of Cong.* 451 (J. Gales ed. 1834) (june 8, 1789).

(9) *Id.* at 778 (Aug. 17, 1789).

(10) Michael W. McConnell, *The Origins and Historical Understanding of Free Exercise of Religion*, 103 *Harv.L.Rev.* 1410, 1501 (1990).

conciencias de ciertos ciudadanos se refleja de modo positivo en la *Federal Militia Act* de 1862. La *General Order no. 99*, decretada por el *Adjutant General* para desarrollo de la *Federal Militia Act*, establece la exención del servicio militar conforme a la legislación de los Estados, junto con un servicio social sustitutorio. Con la *Federal Conscription Act* de 1863, que sustituye la *General Order no. 99* en lo que se refiere al servicio social, el gobierno federal asume todas las competencias en materia de objeción de conciencia al servicio militar. La *Draft Act* de 1864⁽¹¹⁾ extiende la exención a los objetores pertenecientes a confesiones religiosas cuyos principios morales se opusieran al empleo de armas, exigiéndose que tal extremo conste en los "artículos de fe" de dicha confesión.

La necesidad de un nuevo reclutamiento no surge hasta la Primera Guerra Mundial. La *Draft Act* de 1917⁽¹²⁾ garantizaba la exención a los objetores de confesiones religiosas reconocidas, cuyos principios prohibieran a los miembros la participación en cualquier tipo de guerra. La ley exigía el reclutamiento de todos los ciudadanos, pero establecía para los objetores la posibilidad de un servicio no armado en los puestos que el Presidente de los EUA determinara. Aunque la ley de 1917 relevaba del deber militar exclusivamente a los objetores religiosos (pertenecientes a una *well-recognized religious sect or organization*), en diciembre de 1917 el *Secretary of War* establece que debe considerarse objeción de conciencia los *religious scruples* genéricos contra la guerra.

Pronto se puso en tela de juicio la constitucionalidad de la ley de 1917 ante una corte federal de distrito por parte de un objetor de conciencia que se negaba al registro. Entre otras alegaciones, tachaba la ley de inconstitucionalidad por infringir la *establishment clause*: se estaba eximiendo a objetores religiosos pertenecientes a confesiones reconocidas, sin dar un tratamiento similar a otros cuyas creencias religiosas no respondían a esas confesiones (un argumento semejante se hacía respecto de las exenciones en favor de ministros de confesiones religiosas y estudiantes de

(11) Cfr. 13 Stat. 9

(12) Cfr. 40 Stat. 76, 78.

teología o seminaristas). Sin embargo, la Corte de Distrito sostuvo la constitucionalidad de la *Selective Draft Act*, rechazando la alegación de infracción constitucional (*United States v. Stephens*, 1917)(13). También la Corte Suprema tuvo que intervenir sobre la constitucionalidad de la ley de 1917 en la decisión *Arver v. United States*, también conocida como *Selective Draft Law Cases*, de enero de 1918(14). El ponente, magistrado White, no duda rechazar de plano la alegación de que la protección de determinadas confesiones infringe la *establishment clause*(15).

Al establecer la *Selective Training and Service Act* de 1940, el Congreso amplía la exención de 1917 al hacer innecesario el requisito de pertenencia a una confesión que oficialmente fuera contraria a la participación en la guerra. Es suficiente que la objeción del individuo tenga su causa en la creencia y práctica religiosas(16).

2.2. La legislación de 1948

El 24 de junio de 1948 queda aprobada la *Military Selective Service Act*, que viene a dar cumplimiento a las previsiones constitucionales en materia de defensa,

(13) Robert T. Miller y Ronald B. Flowers, *Toward Benevolent Neutrality: Church, State and the Supreme Court* (3rd ed), Markham Press Fund of Baylor University (1987), pág. 105.

(14) *Arver v. United States (Selective Draft Law Cases)*, 245 U.S. 366 (1918).

(15) *We pass without anything but statement the proposition an establishment of a religion or an interference with the free exercise thereof repugnant to the First Amendment resulted from the exemption clauses of the act... because we think its unsoundness is too apparent to require us to do more. Ibid. at 389.*

(16) Sobre los problemas jurisprudenciales surgidos entre 1940 y 1948, cfr. *United States v. Seeger*, 380 U.S. 163, 172-173 (1965).

contenidas en la sección 8 del artículo I de la Constitución norteamericana(17), referida al ingreso en el ejército, y servicio en las fuerzas armadas. Esta ley establece un sistema de reclutamiento forzoso basado más en la selección que en la universalidad: quién debe servir cuando no todos sirven en la defensa. Exige, por tanto, la fijación de unos criterios para decidir precisamente los candidatos para el servicio militar(18).

La ley de 1948 es modificada en 1951 y en 1967. Esta última modificación afectó, en lo que nos interesa, a la denominación de la ley, a la definición y límites de la objeción de conciencia y a cuestiones procedimentales en la revisión jurisdiccional de la objeción de conciencia.

Conforme a la ley de 1948, el ingreso en las Fuerzas Armadas de los ciudadanos de los EUA se verifica mediante *registration* (registro de todos los varones(19) de edades comprendidas entre los 18 y los 26 años, conforme a las previsiones que establezca el Presidente de los EUA) *classification e induction* (incorporación a filas, con un periodo de formación y servicio o reserva).

El método concreto de reclutamiento o registro de la modificada ley del 48 fue abolido por el Presidente Gerald Ford en 1975(20) (permaneciendo en suspenso el reclutamiento durante cinco años). El Presidente Jimmy Carter establece nuevo

(17) *The Congress shall have Power (...) To raise and support Armies (...) To provide and maintain a Navy (...) To provide for calling forth the Militia to execute the Laws of the Union, suppress Insurrections and repel Invasions.* Cfr. VV.AA. *The Constitutional Law Dictionary*, ABC-CLIO, California, 1985, vol. 1 pág. 473-474.

(18) Charles H. Wilson Jr, *The Selective Service System: An Administrative Obstacle Course*, 54 Calif.L.Rev. 2123, 2131 (1966).

(19) La historia legislativa de la modificación realizada en 1980 respecto de §453 mantiene la validez constitucional de la exención para las mujeres del requisito legal de *registration*. Cfr. *Rostker v. Golberg*, 101 S.Ct. 2646, 453 U.S. 57 (1981).

(20) *Proclamation No. 4360, Mar.29, 1975, 89 Stat. 1255, Termination of Registration Procedures*, U.S.C.A. 50 App. § 453, pág. 16.



método de registro en 1980(21). Por tanto, subsiste el registro de varones a la edad de dieciocho años, pero los poderes presidenciales para reclutamiento forzoso finalizaron en 1973(22) y no han sido renovados. De esta forma, la *draft law* continúa siendo el aparato legal vigente —ciertamente adormecido, por cuanto no hay efectiva incorporación a filas, sólo registro— que se reactiva en caso de necesidad de la defensa nacional. Y, en todo caso, mientras esta no requiera el reclutamiento forzoso, aporta las estructuras y conceptos básicos para la objeción sobrevenida.

Entre estas dos fases de ingreso en el ejército (registro e incorporación), se inserta la objeción de conciencia "secundum legem": una vez registrado el ciudadano, se introduce el procedimiento para declarar su objeción. Pero se han producido —y se producen en la actualidad, puesto que la fase de *registration* está vigente— casos de objeción de conciencia "contra legem" al registro, al considerar algunos ciudadanos que la colaboración con la guerra o con el sistema bélico también se efectúa si se realiza el acto voluntario de personación para registro. Probablemente esta figura es lo más próximo a la insumisión. Sobre el rechazo del registro, la ley declara que está perseguido criminalmente(23), que no genera automáticamente la subrogación del Estado en el cumplimiento de este deber en caso de omisión por el particular(24) y que no puede exigirse del Estado la exención legal por objeción

(21) *Proclamation No. 4771, July 2, 1980, 94 Stat. 3775, Registration Under the Selective Service Act*, *ibid.*

(22) Act of Sept. 28, 1971, Pub.L.No. 92-129 § 101(a)(35), 85 Stat. 353, 50 U.S.C.A. App. §467(c).

(23) 50 U.S.C.A. App. §462(a).

(24) *U.S. v. Kurzyrna*, 485 F.2d 517 (C.A.N.Y.1973), *certiorari denied*, 94 S.Ct. 1472, 415 U.S. 949; *U.S. v. Kerley*, 787 F.2d 1147 (7th Cir.1986): aquellos cuyos creencias religiosas les impiden incluso el registro, no tienen más alternativa que infringir la ley y asumir las consecuencias penales; *U.S. v. Bertram*, 477 F.2d 1329 (C.A.Colo.1973). Otras decisiones relacionadas con la oposición al registro, *Garman v. United States Postal Service*, 509 F.Supp. 507, N.D.Ind.1981: la exigencia legal de que el demandante realice funciones relacionadas con el registro en su puesto de oficina de correos no infringe su derecho de libertad religiosa, aunque sus creencias sean contrarias al reclutamiento; *United States v. Schmucker*, 815 F.2d 413 (6th Cir. 1987): desestimación de la demanda que alegaba la

militar si previamente no se cumple con este deber(25). Para Greenawalt, que ha tratado específicamente esta omisión del deber de registro, la cuestión se resuelve en una mayor *accommodation* de la que actualmente existe(26)(con mayor razón si se adopta la perspectiva de estudiar la cuestión desde la *free exercise clause*). Acude implícitamente Greenawalt a la "teoría del falso conflicto": la solución sería o bien permitir al objetor que solicite directamente el servicio social sustitutorio (eludiendo todo contacto con la organización militar), o bien que se le registre sin su consentimiento. Por otro lado, el Congreso reaccionó contra este rechazo al registro aprobando una legislación que inhabilita para cualquier ayuda estatal a los *college students* varones que infrinjan el deber legal(27).

La objeción de conciencia "secundum legem" se regula entre las "prórrogas y exenciones de la instrucción y servicio". La fórmula legislativa concreta para la objeción de conciencia puede traducirse así: ninguna disposición de este título se podrá interpretar de modo que se pueda exigir a una persona someterse a la instrucción de combate y al servicio militar si, por razón de formación religiosa y creencia, es objetor de conciencia a la participación en la guerra, en cualquiera de sus formas. El término "práctica religiosa y creencia", tal como se emplea en esta

invalidez del sistema de registro a la luz de la libertad religiosa; *United States v. Warkentine*, No.82-10078-01 (D.Kan.1983), con semejante supuesto de omisión del deber de registro.

(25) *U.S. v. Baechler*, 509 F.2d 13 (N.C.1974), *certiorari denied*, 95 S.Ct. 2000, 421 U.S. 993.

(26) Kent Greenawalt, *Conflicts of Law and Morality*, Oxford University Press 1987, pág. 328-330.

(27) 50 U.S.C.A. App. §462(f). El Tribunal Supremo reafirmó la constitucionalidad de la norma en la decisión *Selective Service System v. Minnesota Public Interest Research Group* de 1984. Cfr. Robert T. Miller y Ronald B. Flowers, *Toward Benevolent Neutrality: Church, State and the Supreme Court* (3rd Ed.), Markham Press Fund of Baylor University (1987), pág. 109. En contra, parcialmente, de la normativa, *Alexander v. Trustees of Boston University*, 584 F.Supp. 282 (D.Mass.1984): se prohíbe la aplicación de la disposición que obliga a los estudiantes a facilitar datos de su *military status* como condición para lograr ayuda financiera federal.

subsección, no incluye opiniones políticas, sociológicas o filosóficas, o un simple código moral personal. Cualquier persona que hubiera solicitado exención de la instrucción y servicio de armas debido a esta objeción, y cuya reclamación fuera estimada por el organismo local deberá, si es incorporada a filas conforme a este título, ser destinada a servicio no armado, tal como este sea definido por el Presidente, o bien —si se determina que objeta al servicio no armado— deberá, en lugar de incorporarse a filas, prestar un servicio civil por un periodo igual al prescrito en la sección 4(b) [veinticuatro meses consecutivos] que contribuya al mantenimiento de la sanidad, seguridad o interés nacional, a juicio del Director [del *Selective Service System*], y cualquier persona que conscientemente se negare o se resistiere a cumplir cualquier orden de su *local board* debe considerarse, para los fines de la sección 12 de este título, que conscientemente se ha negado o resistido a cumplir un deber exigido por este título. El Director será responsable de encontrar un servicio civil para las personas eximidas de instrucción de combate y servicio de armas bajo esta subsección, y del destino de dichas personas en un servicio civil apropiado, que contribuya a la sanidad, seguridad o interés nacionales(28).

(28) *Nothing contained in this title shall be construed to require any person to be subject to combatant training and service in the armed forces of the United States who, by reason of religious training and belief, is conscientiously opposed to participation in war in any form. As used in this subsection, the "religious training and belief" does not include essentially political, sociological or philosophical views, or merely personal moral code. Any person claiming exemption from combatant training and service because of such conscientious objections whose claim is sustained by the local board shall, if he is inducted into the armed forces under this title, be assigned to noncombatant service as defined by the President, or shall if he is found to be conscientiously opposed to participation in such noncombatant service, in lieu of such induction, be ordered by his local board, subject to such regulations as the President may prescribe, to perform for a period equal to the period prescribe in section 4(b) such civilian work contributing to the maintenance of the national health, safety, or interest as the Director may deem appropriate and any such person who knowingly fails or neglects to obey any such order from his local board shall be deemed, for the purposes of section 12 of this title, to have knowingly failed or neglected to perform a duty required of him under this title. The Director shall be responsible for finding civilian work for persons exempted from training and service under this subsection and for the placement of such persons in appropriate civilian work contributing to the maintenance of the national health, safety or interest. U.S.C.A. 50 App. § 456 (j).*

3. La objeción de conciencia militar y sus elementos bajo la ley del 48.

3.1. Naturaleza jurídico-positiva de la objeción de conciencia militar.

En sede de teoría general de la objeción de conciencia, siempre se pone de manifiesto la dificultad que supone elaborar un concepto general de este fenómeno. De una parte, porque si se induce unas determinadas características del modelo "paradigmático" (la objeción militar) y se pretende su traslado a otras manifestaciones de objeción de conciencia, no es de extrañar que algunas especificaciones no se cumplan en esos otros supuestos. De otra, porque el ordenamiento jurídico no dota —no puede dotar— a todos los fenómenos de objeción de un mismo tratamiento jurídico.

La objeción de conciencia militar en los EUA es prueba de esta dificultad y perplejidades, dado que hay dos elementos de tensión que analizaremos: de una parte, el efectivo tratamiento legal dado a la cuestión y el particular entendimiento de la objeción de conciencia militar en los EUA; de otra, la sombra que la libertad religiosa constitucionalmente protegida proyecta en el fenómeno, requiriendo tal vez su elevación a derecho fundamental.

Dilucidar ese tratamiento legal y la posibilidad de que podamos estimar la existencia de un derecho fundamental, resulta de capital importancia, no sólo para la objeción militar, sino para aquellas que, en la práctica jurisprudencial, guardan relación con ella (la objeción fiscal, principalmente).

Se entiende por objeción al servicio militar el rechazo individual, por motivos de conciencia, del servicio al Estado en período de conflicto bélico ó fuera de él, mediante la armas o mediante la integración en cuerpos o grupos del ejército. Esa definición traza una distinción práctica importante entre objeción de conciencia militar al servicio armado y objeción de conciencia a la integración en el ejército. Y también establece separación entre éstas de la negativa a someterse al sistema globalmente

considerado, eludiendo la fase de *registration*.

La jurisprudencia y la normativa administrativa⁽²⁹⁾ norteamericanas ha explicitado la naturaleza jurídica de la objeción militar, diciendo de ella que se trata de un privilegio concedido por el poder legislativo⁽³⁰⁾ y no de un derecho constitucional de exención⁽³¹⁾. El Congreso tiene el poder constitucional de llevar a cabo la defensa nacional por medio de la guerra y puede, discrecionalmente, tomar o no en consideración las creencias religiosas o morales de los sujetos obligados a prestar servicio militar⁽³²⁾. La salvaguarda de ese poder es esencial para la seguridad nacional, en tiempo de paz o de guerra⁽³³⁾.

Afirmando lo anterior, no es de extrañar que se entienda que la exención al servicio militar no derive directamente de la libertad religiosa o de conciencia. Se

(29) Valga de ejemplo la Directiva del Departamento de Defensa 1300.6 (DOD 1300.6), relativa a la objeción de conciencia sobrevenida; en la Parte Tercera establece: *B. The fact of conscientious objection does not exempt men from the draft; however, the Congress has deemed it more essential to respect a man's religious beliefs than to force him to serve in the Army Forces, and accordingly has recognized bona fide religious objection to participation in war (...).*

(30) Cfr. *United States v. Warner*, 284 F.Supp. 366 (D.C. Ariz., 1968) y *United States v. Corliss*, 173 F.Supp. 677 (D.C.N.Y., 1959), affirmed 280 F.2d 808, certiorari denied 81 S.Ct. 167, 364 U.S. 884.

(31) Cfr. *Korte v. U.S.*, 260 F.2d 633 (C.A. Cal., 1958), certiorari denied, 79 S.Ct. 313, 358 U.S. 928; *Austin v. U.S.*, 434 F.2d 1301 (C.A. Fla., 1970), certiorari denied 91 S.Ct. 2196, 402 U.S. 1012. Con anterioridad a la ley de 1948, ya en 1931, la Corte Suprema determinó la naturaleza de la exención en *United States v. Macintosh*, 283 U.S. 605 (1931).

(32) *Congress is constitutionally permitted to draw rational distinctions in deciding from whom to require military service, according to its own evaluation of nation's needs, military, civilian and societal* (cfr. *U.S. v. Clinton*, 310 F.Supp. 333 (D.C. La. 1970)). *Congress has the power to compel anyone to perform service in spite of religious convictions* (*U.S. v. Labherz*, 129 F.Supp. 444 (D.C.N.J., 1955)). *Congress may constitutionally compel every person to render military service, regardless of his religious or moral objections to use the force* (cfr. *U.S. v. Monroe*, 150 F.Supp. 785, D.C. Cal., 1957).

(33) Cfr. *U.S. v. Bartell*, 144 F.Supp. 793 (D.C.N.Y., 1956).

rompe el nexo objeción de conciencia-libertad religiosa, estableciéndose otro: poder legislativo-defensa nacional, en paz o en guerra. En todo caso, al razonar la causa de tal privilegio legislativo, la jurisprudencia aduce diversos motivos de conveniencia: evitar conflictos sociales(34) y los efectos negativos que en la moral de un grupo militar causaría la presencia de personas coactivamente integradas en él(35), el reconocimiento de que es más importante respetar la creencia de un sujeto que forzarle al servicio en las Fuerzas Armadas(36), o incluso la continuidad en la tradicional política norteamericana de respeto al objetor militar(37).

En suma: no estamos ante un derecho, sino ante un privilegio o concesión del legislativo. De ahí que la posición del objetor frente al poder sea más que nunca de subordinación: el privilegio en sí es discrecional: no hay un motivo jurídico compulsivo para establecerlo. Y, en consecuencia, se desliga la objeción militar de las *free exercise exemptions*(38). Por ejemplo, no puede exigirse de la regulación de la objeción militar el sometimiento a la revisión judicial sobre si es el medio menos restrictivo (*less restrictive mean*) para no infringir en exceso la libertad religiosa(39); la carga de la prueba —judicial y administrativamente— recae en

(34) Cfr. *U.S. v. Kuehnau*, 349 F.Supp. 1323 (D.C. Wis., 1972).

(35) Cfr. *Turner v. U.S.*, 410 F.2d 837 (C.A. Fla., 1969).

(36) Cfr. *Keene v. U.S.*, 266 F.2d 378 (C.A. Colo., 1959).

(37) Cfr. *Richter v. U.S.*, 181 F.2d 591 (C.A. Cal., 1950), *certiorari denied*, 71 S.Ct. 199, 340 U.S. 892. Paradójicamente, el derecho continental europeo se ha mostrado más pródigo en cuanto a la calificación y protección de la objeción de conciencia militar, como muestra el artículo de Javier Martínez-Torrón, *La objeción de conciencia en el Derecho Internacional*, Quaderni di diritto e politica ecclesiastica 1989/2 pág. 149 y ss.

(38) *Guarantee of freedom of religion did not confer on any citizen right to exemption from military service because of conscientious objection or religious calling. U.S. v. Sisson*, 297 F.Supp. 902 (D.C.Mass., 1969), *appeal dismissed* 90 S.Ct. 2117, 399 U.S. 267.

(39) *Matter of deferring to demands of conscience by requiring conscientious objectors to perform alternate service rather than submit to induction was matter for congressional judgement and government would not be required to prove that less restrictive form of regulation could accomplish its purposes. U.S. v. Boardman*, 419 F.2d 110 (C.A.Mass.,

el objetor(40) y la posibilidad de revisión judicial de las decisiones administrativas es más bien reducida.

Esta afirmación pacíficamente compartida por la jurisprudencia y la legislación, no está exenta de críticas(41). Desde la doctrina se ha llamado la atención sobre el hecho de que las afirmaciones de la Corte Suprema sobre la naturaleza jurídica de la objeción de conciencia viene recogidas en *dicta* y *obiter dicta*, pero no en el *holding*(42) de decisiones que, además, no tratan directamente de la objeción militar, sino de temas conexos (naturalizaciones, defensa armada como condición de beneficios...). En efecto, *Macintosh*(43) es la primera decisión sobre temas conexos, sobre naturalizaciones, en la que el argumento de autoridad para sustentar el carácter de privilegio de la objeción remite a *Jacobson v. Massachusetts* (curiosamente, un *compulsory vaccination case*)(44). Y, más sorprendente todavía, *Macintosh* establece una línea doctrinal que será modificada radicalmente en 1946 con la decisión *Girouard*(45) (aunque, como es natural, no entra la Corte a modificar un *mere dictum*). A la decisión *Macintosh* le siguen *Hamilton*, *Schwimmer* y *Summers* que adolecen de los mismos defectos: el objeto de la decisión no es propiamente objeción militar, y se dictan bajo un régimen doctrinal diverso del presente en *Macintosh*.

1969), *certiorari denied* 90 S.Ct. 1124, 397 U.S. 991.

(40) *U.S. v. Wymer*, 284 F.Supp. 100 (D.C.Iowa, 1968).

(41) Cfr. Spencer E. Davis, Jr., *Constitutional Right or Legislative Grace? The Status of Conscientious Objection Exemptions*, 19 Florida State University Law Review 191 (1991). Y, mucho antes, criticó la falta de un precedente técnicamente sólido Charles H. Wilson Jr, *The Selective Service System: An Administrative Obstacle Course*, 54 Calif.L.Rev. 2123, 2141 (1966).

(42) Vid. ATL.

(43) *U.S. v. Macintosh*, 283 U.S. 605 (1931).

(44) *Jacobson v. Massachusetts*, 197 U.S. 11 at 29 (1905). Vid. capítulo VI, 3.4.

(45) *Girouard v. United States*, 328 U.S. 61 (1946).

Plantea también la doctrina si la decisión *Sherbert* ofrece un fundamento para estimar la existencia de un derecho constitucional vía libertad religiosa⁽⁴⁶⁾. El *balancing test* aplicado en la decisión apuntala el argumento de que tal derecho existe: el Congreso no puede, constitucionalmente, forzar a un ciudadano que se opone por motivos religiosos a participar en la guerra o a unirse al ejército, so pena de ir a la cárcel; es la misma —o tal vez más grave— elección que se planteó a Adele Sherbert: o cumplir la ley para obtener el subsidio traicionando su propia conciencia, o perder el beneficio económico y ser fiel a las exigencias del juicio moral.

3.2. Elementos configuradores de la objeción de conciencia militar.

Como se indicaba anteriormente, la objeción de conciencia queda estructurada en la ley en dos grados: la objeción de conciencia al servicio armado (*I-A-O conscientious objector*) y la objeción de conciencia al ejército, ya sea en servicio armado o no (*I-O conscientious objector*).

La ley establece unos conceptos para la determinación de la objeción de conciencia, que han sido jurisprudencialmente estudiados en algunos casos (bajo condiciones restrictivas) y de los que a continuación se da cuenta.

3.2.1. La constitución de un *prima facie case* por parte del objetor. Su incardinación en la doctrina jurisprudencial americana en materia de objeción de conciencia.

Se establece en diversas decisiones jurisprudenciales que el *status* del objetor exige del solicitante la presentación ante el órgano administrativo encargado de

(46) Sobre la argumentación a favor del derecho constitucional a la objeción de conciencia, he seguido la exposición de James B. White, *Processing Conscientious Objector Claims: A Constitutional Inquiry*, 56 Calif.L.Rev. 652, 661 (1968).

declarar la objeción de conciencia, de un *prima facie case*(47).

En derecho constitucional —más concretamente en materia de objeción de conciencia— el requisito enunciado hace referencia a la carga que recae en el demandante de aportar datos probatorios en fase de alegaciones, de modo que los hechos puedan considerarse suficientemente demostrados en ausencia de prueba contraria suficiente por parte del demandado(48). El efecto singular en materia de Primera Enmienda constitucional es ya conocido: presentado por el demandante un *prima facie case* de infracción de la libertad religiosa, la carga de la prueba recae en el demandante, que debe demostrar la existencia de un *compelling state interest* que prima sobre la libertad religiosa o que justifica dicha infracción(49). En virtud de la *preferred position doctrine*, quien alega *prima facie* una violación de un derecho fundamental goza procesalmente de una posición privilegiada, mientras que la exigencia de *prima facie* en materia de objeción militar obedece a otras razones funcionales: el requisito lo es para que la solicitud del objetor sea atendida (un índice de prosperabilidad por razones de economía administrativa). Pero, una vez presentada la cuestión como tal, no se produce inversión de la carga de la prueba: el órgano administrativo se limitará a investigar la cuestión y a declarar si se reconoce la objeción o no.

Establecer un *prima facie case* en materia de objeción militar supone para el objetor reflejar en su petición la existencia de unas convicciones —enraizadas en la creencia y formación religiosa— sinceras o congruentes, que se apoyan en la fe en una Fuerza o Ser Superior al que todo está subordinado o de lo que todo depende,

(47) Cfr. *Clay v. United States*, 91 S.Ct. 2068, 403 U.S. 698, at 700 (1971); *Taylor v. Claytor*, 601 F.2d 1102 (C.A.Cal.1979); *U.S. v. Hodgins*, 485 F.2d 549 (C.A.Cal.1973); *U.S. v. Stewart*, 472 F.2d 1114 (C.A.N.H., 1973).

(48) Cfr. Bryan A. Garner, *A Dictionary of Modern Legal Usage*, Oxford University Press, 1987, pág. 434; VV.AA. *The Constitutional Law Dictionary*, ABC-CLIO, California, 1985, vol. 1, pág. 446.

(49) Cfr. *Protos v. Volkswagen of America*, 797 F.2d 129 (3rd Cir. 1986). Vid. capítulo III, 2.8.

que exige del individuo un deber moral de oposición a la guerra. Estas creencias pueden estar espoleadas por un código moral, ético o religioso. Su raíz no puede ser solamente política, sociológica o filosófica. No es preciso que la raíz religiosa de la creencia responda a normas morales concretas de una confesión o iglesia(50). En una formulación más esquemática, se ha dicho que el objetor debe mostrar: 1) que se opone por motivos de conciencia a la participación en cualquier guerra (no sólo en una guerra particular y concreta, que desdibuja la objeción en un problema político); 2) que su oposición trae causa de la creencia y formación religiosas (tal como entiende estos términos la Corte Suprema de los EUA); 3) que la objeción es sincera. Estos tres requisitos deben satisfacerse cumulativamente(51).

Conforme a lo anterior, es congruente con la exigencia de *prima facie case* que el objetor-solicitante declare creer en un Dios que es Amor, y que por tanto no puede tomarse la vida de otro ser humano por lo que acto de odio o desamor esto supone(52); o sostener que hay pasajes de la Biblia que son sagrados e inviolables y que entre esos pasajes se encuentra el Quinto Mandamiento del Decálogo(53); o presentar como argumentos en el procedimiento administrativo su Bautismo a la fe de los Testigos de Jehová y el fiel seguimiento de sus preceptos morales en cuanto al rechazo de cualquier guerra(54). Incluso se llega a admitir jurisprudencialmente un caso en el que la práctica y creencia religiosa queda un poco desdibujada: el solicitante declara creer en la existencia de ciertos ideales que se aplican a todos los hombres, relativos a deberes de facilitar ayuda a los otros y respetar el derecho de todo hombre a la vida, con el firme convencimiento de que si todos los hombres se negaran a matar no habría guerras, siendo para el objetor inconcebible participar, o

(50) Cfr. *Thomson v. U.S.*, 474 F.2d 323 (C.A.Wash. 1973).

(51) Cfr. *Armstrong v. Laird*, 456 F.2d 521 (C.A.Mass., 1972).

(52) *U.S. v. Hodgins*, 485 F.2d 549 (1973).

(53) *U.S. v. Daniel*, 462 F.2d 349 (1972).

(54) *U.S. v. Davila*, 429 F.2d 481 (C.A. Texas 1970).

apoyar, un enfrentamiento armado o una organización militar(55).

Sin embargo, no resulta admisible para la constitución del *prima facie case* las declaraciones de un solicitante que establece su rechazo de la guerra en ideas basadas en un cierto tipo de autodeterminación de la propia persona(56) o las pruebas documentales y testificales de que el solicitante era "contrario a cualquier persona o cualquier cosa que defienda la guerra" o que era "un buena Cristiano, cortés, incansable trabajador en cualquier cosa que hiciera"(57).

3.2.2. Las guerras teocráticas y la legítima defensa.

El problema de las guerras teocráticas se dió fundamentalmente respecto de los testigos de Jehová, aunque también podría plantearse en virtud del principio religioso islámico de la "guerra santa".

Las guerras teocráticas aludidas por los testigos de Jehová fueron objeto de la decisión de la Corte Suprema norteamericana *Sicurella v. United States*(58). A.T. Sicurella pertenecía a la secta de los Testigos de Jehová. Inicialmente fue clasificado como ministro religioso de su confesión, pero después fue reclasificado apto para el servicio general, con lo que solicitó la exención por motivos de conciencia. En su solicitud declaró su pertenencia al ejército de Cristo, del que no podía desertar para entrar en el ejército de este mundo sin sufrir penas eternas; sólo podría emplear la fuerza en defensa de los intereses del reinado de Dios. Ante estas y otras declaraciones, el *local board* denegó la solicitud y, en apelación, el *Federal Bureau of Investigation* (FBI) del Departamento de Justicia informó a favor de la concesión de la exención, indicando, sin embargo, que el objetor no establece claramente su

(55) *U.S. v. Shapiro*, 396 F.Supp. 1058 (1975).

(56) *U.S. v. Johnson*, 459 F.2d 591 (C.A. Wash. 1972).

(57) *U.S. v. Wood*, 454 F.2d 765 (C.A. Va., 1972).

(58) *Sicurella v. United States*, 348 U.S. 385 (1955).

oposición a la guerra *in any form*. Se le clasifica como *I-A conscientious objector* y, al ser llamado a filas, no se incorpora al ejército, con lo que es condenado penalmente. Llevado el caso ante la Corte Suprema Federal, el problema consistirá en determinar si el Congreso de los EUA comprendía en el término guerra también aquellas denominadas teocráticas, y la legítima defensa. La respuesta del Tribunal es indicar que el Congreso legisló comprendiendo sólo las guerras en el significado habitual de la palabra —*shooting wars*—(59). Por otra parte, la Corte delimita la importancia de la pertenencia de un objetor a una determinada confesión, cosa que, como luego se verá, tiene cierta transcendencia. Además, la decisión establece una doctrina sobre nulidad de resoluciones administrativas de un gran interés: cuando el error de derecho viene contenido en el parecer consultivo que el Departamento de Justicia dirige a el *Appeal Board*, ese error vicia o anula tanto el procedimiento posterior como la resolución emanada del *appeal board*, salvo que conste que la decisión se fundamenta en algún motivo legalmente válido(60).

No fue esta una decisión aislada que pusiera fin a la cuestión: en otras instancias federales —con hasta quince años de distancia respecto de la decisión del

(59) *We believe that the Congress had in mind real shooting wars when it referred to participation in war in any form -actual military conflicts between nations of the earth in our time- wars with bombs and bullets, tanks, planes and rockets. We believe the reasoning of the Government in denying petitioner's claim is so far removed from any possible congressional intent that it is erroneous as a matter of law.* 348 U.S. at 391.

(60) *We feel that this error in law by the Department, to which the Appeal Board might naturally look for guidance on such questions, must vitiate the entire proceedings at least where is not clear that the Board relied on some legitimate ground. Here, where it is impossible to determine on exactly which grounds the Appeal Board decided, the integrity of the Selective Service System demands, at least, that the Government not recommended illegal grounds.* 348 U.S. at 392. Esta jurisprudencia es aplicación de la denominada doctrina *Stromberg* sobre condena penal a partir de una ley inconstitucional: *is impossible to say under which clause of the statute the conviction was obtained (...) if any of the clauses in question is invalid under the Federal Constitution, the conviction cannot be upheld.* *Stromberg v. California*, 283 U.S. 359, 368 (1931). Cfr. VV.AA. *The Constitutional Law Dictionary*, ABC-CLIO, California, 1985, vol. 1 pág. 114.

Tribunal Supremo(61)— se fallan supuestos semejantes. Así, los tribunales estiman que no puede denegarse la solicitud de clasificación como *I-O conscientious objector* a un objetor que participaría en cualquier guerra que él entendiera autorizada por Jehová, sin que esto sea incongruente con su objeción, y sin que ésta, por tanto, deba entenderse como objeción selectiva o meramente política(62). También se admite la objeción militar del solicitante que aprobaba las guerras teocráticas del Antiguo Testamento(63).

Sólo el profundo respeto que la jurisprudencia norteamericana observa en la mayoría de los casos ante el fenómeno religioso y sus contenidos puede de alguna forma justificar el que se inste a la administración a no entrar en el enjuiciamiento de las guerras teocráticas. Ciertamente, es difícil entender que se admita la objeción de quien aprueba por motivos religiosos guerras particulares, rechazándose la solicitud de quien reclama la objeción militar en virtud de su oposición a la tan traída y llevada guerra del Vietnam. No se entiende esto sin un trato institucionalmente preferencial a la religión, o sin un velado cambio de orientación jurisprudencial ante un problema bélico particular.

En conexión con las guerras teocráticas se encuentra la legítima defensa. El ejecutivo argumenta la imposibilidad de conceder la exención solicitada en el caso de que el reclamante no renuncie a toda forma de violencia. Y ello, porque la ley exige la oposición por motivos de conciencia a toda forma de guerra *-conscientiously opposed to participation in war in any form-*. La jurisprudencia, sin embargo, estima que la renuncia a la defensa propia no es requisito necesario para estimar una objeción sincera: la objeción de conciencia enraizada en escrúpulos religiosos o

(61) *U.S. v. Brown*, 423 F.2d 751 (C.A.Pa., 1970), *certiorari denied*, 91 S.Ct. 980, 401 U.S. 966.

(62) *U.S. v. Carroll*, 398 F.2d 651 (C.A.N.J., 1968).

(63) *Hinkle v. U.S.*, 216 F.2d 8 (C.A.Cal., 1954), *certiorari denied*, 75 S.Ct. 529, 348 U.S. 970.

morales es compatible con la defensa propia, de la familia o de los bienes particulares(64).

3.2.3. La oposición a la participación en la guerra *in any form*.

La decisión *Sicurella v. United States* matizó el criterio legal *in any form*, al indicar que el objetor tiene derecho a la exención si se niega a participar **en** la guerra, pero no necesariamente **en toda** guerra(65). Pero, naturalmente, esto no otorga al objetor la posibilidad de distinguir entre guerra justa e injusta en orden a su participación(66). De todas formas —en consonancia con la legítima defensa— se estima también que no es preciso ser un "pacifista total" para obtener la exención, sino oponerse a la guerra, entendiéndose por tal el organizado y violento derribo de un gobierno(67) o (salvando así las guerras teocráticas bíblicas) el conflicto militar actual entre naciones de la tierra en nuestro tiempo(68) o la guerra material ("de carne y sangre" en traducción literal)(69).

(64) Cfr. *U.S. v. Orr*, 474 F.2d 1365 (C.A.N.Y. 1973), *certiorari denied* 94 S.Ct. 95, 414 U.S. 871; *U.S. ex rel. Greenwood v. Resor*, 439 F.2d 1249 (C.A.Va. 1971); *Annett v. U.S.*, 205 F.2d 689 (C.A.Okl. 1953).

(65) Cfr. también *Czubaroff v. Schlesinger*, 385 F.Supp. 728 (D.C.Pa. 1974).

(66) *U.S. v. Perdue*, 469 F.2d 1195 (C.A.Cal. 1972).

(67) *Silverthorne v. Laird*, 460 F.2d 1175 (C.A.Tex.1972).

(68) *Riles v. U.S.*, 223 F.2d 786 (C.A.Fla. 1955).

(69) *U.S. v. Hartman*, 209 F.2d 366 (C.A.N.Y. 1954).

3.2.4. El concepto de objeción "selectiva" o a guerras particulares(70).

Durante la traumática guerra de Vietnam, el reclutamiento militar fue punto central de la controversia social y jurídica, ya que apareció una forma distinta de objeción, no dirigida hacia **toda** guerra o hacia **la** guerra, sino tan sólo hacia el actual conflicto armado. Muchos norteamericanos se enrolaron en un nuevo pacifismo y rechazaron el servicio militar obligatorio; otros modificaron los tradicionales esquemas de objeción de conciencia hacia lo que se denominó la objeción selectiva.

No se trataba de una simple excusa para eludir el problema del servicio militar obligatorio (como, de hecho, lo fue la prórroga de estudios durante la guerra del Vietnam(71)), a tenor de los pronunciamientos oficiales de las diversas confesiones religiosas en EUA: Sínodo General de la Iglesia Unida de Cristo, Junio de 1967(72); Iglesia Luterana en América(73), Congregación de los Obispos de la Iglesia Episcopal(74), Presidente de la *Jewish Peace Fellowship*(75),

(70) Sobre la objeción de conciencia selectiva, puede consultarse el trabajo de Walter S. Griggs, Jr., *The Selective Conscientious Objector: A Vietnam Legacy*, 21 *Journal of Church and State* 91 (1979); Ralph Potter, *Conscientious Objection to Particular Wars*, en Donald A. Giannella ed. *Religion and Public Order*, vol 4: *An Annual Review of Church and State, and of Religion, Law and Society* (Ithaca, N.Y.: Cornell University Press, 1968), pág. 67; Henri J. Abraham, *Freedom and The Court, Civil Rights and Liberties in the United States*, Oxford University Press, ed. 1982, pág. 231 y ss.

(71) Cfr. Hugh Brogan, *The Penguin History of the United States of America*, Penguin Group, 1985, pág. 679.

(72) Cfr. Gerald E. Shenk, *Statements of Religious Bodies on the Conscientious Objector*, 7th ed. (Washington, D.C.: National Service Board for Religious Objectors, 1970), pág. 64.

(73) Ibid. pág. 43.

(74) House of Bishops of the Episcopal Church, *Resolution on Conscientious Objection*, Augusta, Georgia, 24 October 1968 (New York: General Convention of the Episcopal Church, 1968).

(75) Citado en James Finn, *Protest Pacifism and Politics: Some Passionate Views on War and Nonviolence* (New York, Random House, 1968), p. 107.

Conferencia Episcopal de la Iglesia Católica Romana(76). Tampoco se podría calificar de una oposición u opción política. Pero la literalidad de la ley del 48 y la modificación sustancial del 67 no parecían dar cabida a este tipo de objeción. El logro de una exención vía Primera Enmienda se quedó sólo en el papel, como veremos ahora.

En el año 1969, la decisión de la Corte Federal del Distrito de Massachusetts *United States v. Sisson*(77) admitió la posibilidad constitucional de la objeción selectiva. John H. Sisson se opone a la intervención norteamericana en la guerra de Vietnam, pero no en la forma tradicional de objeción u oposición a la guerra *in any form*. El juez de distrito Charles E. Wyzanski sostiene que, bajo la Primera Enmienda constitucional, esta objeción particular es merecedora de la misma protección que la que se ofrece a la objeción legalmente admitida. De hecho —y esto es un eco de la decisión Sherbert— el objetor selectivo puede reflejar un estudio más exhaustivo del problema, una conciencia más sensible, una comprensión espiritual más profunda. Se indica que la honesta creencia de la inmoralidad que supone el homicidio tiene una magnitud que no disminuye de la guerra en general respecto de una en particular(78). Por último, se tacha a la *Draft Act* de 1967 de inconstitucionalidad en su sección 6(j) al discriminar en perjuicio de Sisson a ciertas clases de objetores religiosos.

El ejemplo de la decisión *Sisson* es seguido por otras Cortes de Distrito, con argumentos semejantes(79).

La decisión *Sisson* fue recurrida a la Corte Suprema de los EUA. La Alta

(76) *Human Life in Our Day: A Pastoral Letter by the Bishops of the United States, November 14, 1968* (Richmond, Va.: Catholic Virginian Press, Inc., 1968), pág. 30.

(77) *United States v. Sisson*, 297 F.Supp. 902 (1969).

(78) *Ibid.* at 908.

(79) *Koster v. Sharp*, 303 F.Supp. 836 (E.D.Pa. 1969); *United States v. McFadden*, 309 F.Supp. 502 (N.D. Cal. 1970).

instancia entiende, por cinco votos contra tres, que el caso ha sido defectuosamente apelado(80).

Pero para dejar claro que no pretendía eludir la cuestión de la objeción de conciencia selectiva, se pronuncia sobre la misma en marzo de 1971, en las decisiones *Gillette v. United States* y *Negre v. Larsen*(81).

Guy Porter Gillette, músico de rock, fue condenado penalmente a dos años de cárcel por negligente omisión del deber de presentación para incorporarse a filas. Gillette declaró en su *draft board* en Yonkers, Nueva York, que su creencia en la religión del humanitarismo le prohibía colaborar en la guerra del Vietnam, que consideraba injusta; el *draft board* le denegó la exención como objetor porque admitió que lucharía en defensa de la ONU en una operación de mantenimiento de la paz. Por su parte, Negre, jardinero de Bakersfield (California), de origen francés y religión católica, estudió los escritos de Sto. Tomás de Aquino y de otros teólogos católicos, sobre la distinción entre las guerras justas e injustas. Cuando fue llamado a incorporarse, solicitó la exención por objeción de conciencia que no le fue concedida, a pesar de que el ejército estimó que las objeciones de Negre eran sinceras. Tras el período de entrenamiento en la infantería, sus convicciones sobre la injusticia de la guerra se hicieron más intensas. Fue transferido al Vietnam, desde donde intentó los recursos legales para obtener la exención(82). En el momento de fallarse la sentencia ante el Tribunal Supremo, Negre no se encontraba en servicio activo, pero, puesto que permanecían ciertos deberes en la reserva respecto del conflicto bélico, el litigio no deviene *moot question*(83) para el Tribunal(84).

(80) *United States v. Sisson*, 399 U.S. 267.

(81) *Gillette v. U.S.*, *Negre v. Larsen*, 91 S.Ct. 828, 401 U.S. 437 (Cal. 1971). Los casos se decidieron conjuntamente.

(82) Los datos personales de los objetores han sido extraídos de los comentarios a la sentencia contenidos en la obra de Henri J. Abraham, *Freedom and The Court, Civil Rights and Liberties in the United States*, Oxford University Press, ed. 1982, pág. 234.

(83) Vid. capítulo VI, 2.2.

El magistrado Marshall es el ponente de la decisión, prácticamente unánime. Para Marshall, se debate el ejercicio del poder legislativo en orden a la creación y mantenimiento de la fuerza armada, en la medida en que afecta a las garantías de libertad religiosa contenidas en la Primera Enmienda Constitucional.

El ponente centra la atención en el análisis de los términos de la ley "*conscientiously opposed to participation in war in any form*". Entiende que sólo cabe una interpretación correcta: la objeción de conciencia protegible ha de suponer la oposición a **cualquier** guerra y a **toda** guerra. No podría obtenerse una conclusión distinta, a partir de la legislación histórica americana en materia de objeción de conciencia militar. Además, la decisión *Sicurella v. United States* no es trasladable al problema planteado en este caso: aquí hay una distinción entre guerras "temporales"; en *Sicurella*, la distinción es entre guerras teocráticas o espirituales y guerras temporales.

Los dos demandantes alegaron que la ley infringía las cláusulas religiosas de la Primera Enmienda, al proteger exclusivamente a los objetores a todas las guerras. Respecto de la *Free Exercise Clause*, los demandantes dicen que la ley interfiere la libertad religiosa al desamparar a los objetores que, por motivos de naturaleza religiosa, rechazan una guerra concreta. Y en relación con la *Establishment Clause*, la *Military Selective Service Act* discrimina injustificadamente ciertos tipos de creencia y afiliación religiosa.

La Corte inicia su razonamiento con esta segunda argumentación, la infracción de la *Establishment Clause*. Realiza dos tipos de examen sobre la constitucionalidad de la ley. El primero podríamos denominarlo "negativo": ausencia de promoción oficial de creencias religiosas. El concepto promovido por la *Establishment Clause* en este sentido es la "neutralidad", que comprende tres proposiciones: finalidad ajena a lo religioso, imparcialidad en la actuación del Estado, neutralidad en el efecto primario. La ley no infringe —dice el Tribunal— la neutralidad constitucionalmente

(84) 401 U.S. at 440 (nota a pie de página no. 2).

exigida, por cuanto no discrimina por razón de las creencias. La objeción de conciencia debe estar basada en la creencia o formación religiosa, pero no exige un credo o doctrina teológica determinada. Desde 1940, la legislación en materia de objeción militar ha desterrado toda restricción confesional: el Congreso ha elaborado una exención en los términos más amplios posibles. Por último, y sobre este tema de la "neutralidad" constitucional, la Corte muestra una serie de legítimos fines que la legislación militar en materia de objeción pretende conseguir: consideraciones de naturaleza pragmática (la convicción de que de un sincero objetor no puede ni podrá lograrse un efectivo combatiente), junto con otras de nivel teórico (el reconocimiento de la existencia en la conciencia individual de deberes superiores a los que el Estado impone).

El segundo tipo de examen que se efectúa en sede de *Establishment Clause* es positivo: promoción implícita de la neutralidad estatal en la ley. Este examen contiene los razonamientos prácticos que condicionan la valoración ulterior de una posible infracción de la *free exercise clause*. Dice el Tribunal que el Gobierno, en materia de leyes de reclutamiento, tiene el interés de establecer un criterio adecuado sobre "quién debe servir cuando no todos sirven". Precisamente cuando el gobierno demanda con mayor fuerza hombres para la defensa armada, se intensifica la importancia de un criterio adecuado, imparcial y uniforme. El Gobierno alega que ese interés en un adecuado criterio para el reclutamiento se vería amenazado por la ampliación de § 6 (j) al objetor selectivo: es una demanda de inimaginables consecuencias, un peligro real que incluso generaría discriminaciones en la práctica administrativa. Bajo la rúbrica de objeción selectiva o a guerras particulares puede ocultarse, a juicio del gobierno, disensos políticos diversos de la objeción de conciencia. Además, la objeción selectiva presupone criterios de justicia y juicios de valor contingentes en el tiempo, subjetivos en su naturaleza... una aglomeración de parámetros que obligarían a los órganos decisores (administrativos y judiciales) a entrar en el mundo de la conciencia, precisamente para determinar la sinceridad de las creencias, pero más allá de un simple examen de creencias *truly held*. Y, en definitiva, la adopción de un sistema "individualizado" en materia de objeción de conciencia pone en peligro la

neutralidad exigida por la Primera Enmienda(85).

El examen "positivo" anterior lleva a que la presunta infracción de la libertad religiosa individual —segunda alegación fundamental de los demandantes— sea tratada en la sentencia con menor rigor. Por ello, aparecen los lugares comunes de una decisión contraria a un objetor religioso: la posición de objetor de conciencia no releva de los deberes establecidos por un gobierno democrático(86); la limitación de la libertad religiosa a los estrictos términos de la *Free Exercise Clause*, interpretando parcialmente los logros de la decisión *Sherbert*(87) y escindiendo la objeción de conciencia del campo de la revisión constitucional(88). El análisis

(85) La Corte expresa esta idea en conexión con una decisión anterior: *At any rate, it is true that "the more discriminating and complicated the basis of classification for an exemption—even a neutral one—the greater the potential for state involvement" in determining the character of person's beliefs and affiliations, thus entangl(ing) government in difficult classifications of what is or what is or is not religious," or what is or is not conscientious. Waltz v. Tax Commission, 397 U.S. at 698-699 (...)* While the anger of erratic decisionmaking unfortunately exists in any system of conscription that takes individual differences into account, no doubt the dangers would be enhanced if a conscientious objection of determinate scope were honored in theory. 401 U.S. at 457-458. Es también necesario destacar un elemento común en las decisiones de la Corte Suprema ante lo que podríamos llamar "objeciones de conciencia agresivas": el temor de una incontrolable expansión del fenómeno hasta hacer peligrar el propio sistema que lo permite: *On other hand, some have perceived a danger that exempting persons who dissent from a particular war, albeit on grounds of conscience and religion in part, would "open the doors to a general theory of selective disobedience to law" and jeopardize the binding quality of democratic decisions.* Ibid. at 437.

(86) Ibid. at 436. Cfr. *Cantwell v. Connecticut*, 310 U.S. at 303-304 (1940).

(87) *To be sure, the Free Exercise Clause bars "governmental regulation of religious beliefs as such", Sherbert v. Verner, 374 U.S. 398, 402 (1963), or interference with the dissemination of religious ideas. See Fowler v. Rhode Island, 345 U.S. 67 (1953) (...)* It prohibits misuse of secular governmental programs "to impede the observance of one or all religions or... to discriminate invidiously between religions,... even though the burden may be characterized as being only indirect." *Braunfeld v. Brown*, 366 U.S. at 607 (opinion of Warren, C.J.). 401 U.S. at 462.

(88) *We note that the Court has previously suggested that relief for conscientious objectors is not mandated by the Constitution.* Ibid. at 461 (nota no. 23).

de la colisión entre la libertad religiosa de los objetores y el *compelling state interest* apenas si ocupa 8 líneas en toda la decisión.

Algunos autores han llamado la atención sobre el hecho de que la decisión no realiza una interpretación conjunta de las dos cláusulas religiosas⁽⁸⁹⁾, manifestándose esto en el *dissenting opinion* antes aludido del magistrado Douglas, para quien una normativa del Congreso que permitiera la objeción selectiva no infringiría la *establishment clause*. En mi opinión, hay que tener en cuenta que las posturas de Marshall y Douglas ante el supuesto son diversas, y eso hace que lleguen a conclusiones contradictorias. El primero analiza el problema "de la ley a la constitución", intentando justificar —atendiendo a circunstancias prácticas concretas— la primera ante la segunda. Douglas, sin embargo, presenta el supuesto "de la constitución a la ley", como un problema de conciencia individual, entendiendo que la interpretación constitucional correcta radica en el *dissenting* del magistrado Hughes en *United States v. Macintosh*⁽⁹⁰⁾.

Naturalmente, el precedente sentado con esta decisión es definitivo a la hora de que los tribunales inferiores decidieran sobre otros muchos supuestos similares de objeción selectiva a la guerra del Vietnam⁽⁹¹⁾. Se niega, por tanto, la posibilidad de constituir un *prima facie case* al objetor que se opone al conflicto de Vietnam y

(89) Cfr. Javier Martínez Torrón, *La objeción de conciencia en la jurisprudencia del Tribunal Supremo Norteamericano*, Anuario de Derecho Eclesiástico, vol. I, 1985, pág. 417.

(90) *United States v. Macintosh*, 283 U.S. 605 (1931)

(91) También puede citarse un supuesto de guerra particular ajeno a los problemas del conflicto de Indochina: *U.S. v. Lemons*, 480 F.2d 1214 (C.A.Ga.1973), *reharing denied* 480 F.2d 925, *certiorari denied* 94 S.Ct. 1446, 415 U.S. 932; en este supuesto, el objetor tiene - a juicio de la jurisprudencia federal- derecho a la clasificación I-A, puesto que pertenece a la confesión de los *Black Muslim* que condiciona la intervención de sus fieles en la guerra al hecho de que los EUA faciliten a los musulmanes algunas de sus demandas territoriales. Por contra, bajo un supuesto casi igual, el criterio de la decisión *U.S. v. Orr*, 474 F.2d 1365 (C.A.N.Y.1973), *certiorari denied*, 94 S.Ct. 95, 414 U.S. 871, es precisamente el opuesto: considerar que se trata de una objeción selectiva y condicional.

a otras guerras que considera injustas(92). Aunque también la jurisprudencia tuvo que precisar que el hecho de que el objetor hubiera participado en manifestaciones contrarias a la guerra del Vietnam(93) o que expresamente se opusiera en el expediente de objeción a una guerra particular(94) no excluía del supuesto legal para obtener la exención. Con lo cual, la doctrina jurisprudencial de las cortes federales se hace un tanto confusa.

3.2.5. *Religious training and belief*. Concepto y alcance.

El término *religious training and belief* recogido en la ley remite al debatido tema del concepto de religión en la jurisprudencia norteamericana. Se analiza aquí sólo en la medida en que resulte necesario para el cabal entendimiento del mismo, y de su extensión al objetor no religioso.

Como antes se expuso, la historia legislativa de los EUA en materia de objeción militar es de algún modo la extensión del *status* legal de objetor hacia nuevas formas no confesionales, pero siempre de raíz religiosa. Tanto la ley de 1948 como la modificación de 1967 establecen la clara diferenciación entre una objeción de origen, base o fundamento religioso, y lo que son las meras opiniones políticas, filosóficas y morales. Raíz religiosa, por tanto(95), no circunscrita a fuentes ó

(92) *United States v. Ford*, 478 F.2d 169, (C.A.Mass. 1973), *certiorari denied*, 94 S.Ct. 113, 414 U.S. 872

(93) *Kern v. Laird*, 335 F.Supp. 824 (D.C.Colo. 1971).

(94) *U.S. v. Shapiro*, 396 F.Supp. 1058 (D.C.N.Y. 1975). La decisión indica que, por el contrario, no es extraño que un sujeto que se opone a todas las guerras, se oponga específicamente a una en particular.

(95) La ausencia de ese, al menos, "nexo" religioso excluye modos de vida, o costumbres que, de por sí, no guardan relación con la objeción militar. Así, se rechaza una alegación de "vegetarianismo" en *Tamarkin v. U.S.*, 260 F.2d 436 (C.A.Fla., 1958), *certiorari denied* 79 S.Ct. 607, 359 U.S. 925; *reharing denied*, 79 S.Ct. 873, 359 U.S. 976.

contenidos religiosos tradicionales(96). Basta la existencia de una "fe" y que, en virtud de esa fe, el objetor se oponga a la participación en todas las guerras(97). La adscripción a una confesión religiosa es relevante(98), pero no determinante esencial para la concesión del *status* legal de objetor(99). Tampoco, en consecuencia, lo será una irregular asistencia o participación a los servicios religiosos o actos de culto(100), el desconocimiento de algunos principios religiosos de una confesión a la que el objetor dice pertenecer(101), el intervalo de tiempo de pertenencia a una confesión "pacifista"(102). Y a efectos probatorios, no podrá exigirse del solicitante documentación acreditativa de su pertenencia a una confesión religiosa, de modo tal que se condicione el reconocimiento de la objeción a ese requisito(103).

Es difícil establecer un concepto "legal" de religión, que sirva de fundamento para el de *religious training and belief*, y que permita, a su vez, delimitar las objeciones de base religiosa de aquellas que lo son por motivos filosóficos, sociológicos o políticos. Por ejemplo, la jurisprudencia llegó a admitir la posibilidad legal de un objetor cuya filosofía humanística y sus "creencias" se enraizan

(96) *U.S. v. Coffey*, 429 F.2d 401 (C.A.Cal.1970).

(97) *Decker v. Wheeler*, 331 F.Supp. 347 (D.C.Minn.1970).

(98) *Sicurella v. United States*, 348 U.S. at 405 (1955). *Welsh v. United States*, 90 S.Ct. at 1797 (1970).

(99) *Helwick v. Laird*, 438 F.2d 959 (C.A.Tex.1971); *U.S. v. James*, 417 F.2d 826 (C.A.N.C.1969); *U.S. v. Owen*, 415 F.2d 383 (C.A.Mo. 1969).

(100) *U.S. v. Petersen*, 456 F.2d 1099 (C.A.Minn.1972); *Reinhold v. Schlesinger*, 379 F.Supp. 638 (D.C.Mass.1974).

(101) *Peckat v. Lutz*, 451 F.2d 366 (C.A.Md.1971): el objetor funda su testimonio en la interpretación personal que hace de la Biblia.

(102) *Schuman v. U.S.*, 208 F.2d 801 (C.A.Cal.1953).

(103) *U.S. v. Neamand*, 452 F.2d 25 (C.A.Pa.1971).

remotamente en una formación "religiosa"(104), o la de quien individualmente sostiene de forma sincera y profunda creencias puramente éticas o morales en su fuente, que le llevan a rechazar cualquier guerra en cualquier momento histórico(105). De algún modo, esta permisión jurisprudencial hace que se desvanezca la frontera de estos casos con los expresamente excluidos por la legislación, y que se rechace supuestos de objeción sin un fundamento nítido si se parte de un concepto "amplio", como se pretende, de *religious training and belief*(106).

Es patente el carácter "individualizado" de la exención: esta tiene una raíz, volvemos a repetir, religiosa. Pero no exige del objetor una adscripción a determinados credos que promuevan o prescriban la objeción. Bases religiosas sobre las que el individuo concluye acerca de la maldad o bondad del acto que la norma exige.

El concepto legal de religión nos remite al momento legislativo y jurisprudencial crítico representado por la decisión *United States v. Seeger*(107). Es preciso recordar, ante de analizar la decisión, que la fórmula que la ley adopta para determinar bajo qué supuesto se concede la objeción (*the "religious training and belief" does not include essentially political, sociological or philosophical views, or*

(104) *Welsh v. United States*, 398 U.S. 333, 90 S.Ct. 1792 (1970).

(105) *U.S. v. Coffey*, 430 F.2d 96 (C.A.Cal.1970).

(106) Cfr. *U.S. v. Riely*, 484 F.2d 661 (C.A.Ill.1973). El presunto objetor alegó que sus creencias eran producto "de pensar profundamente en la cuestión, bajo la influencia de la droga" y declara que el fundamento de su reclamación era "que el hombre, como parte del Universo, fue creado para vivir con los demás, adquirir conocimientos y ciencia de provecho para toda la raza humana, y que bajo ninguna circunstancia podía involucrarse en una guerra organizada". Se rechaza su reclamación, cuando -sin droga por medio- se acepta otras de semejante argumento religioso; cfr. por ejemplo *U.S. v. Reeb*, 433 F.2d 381 (C.A.Cal.1970).

(107) *United States v. Seeger*, 380 U.S. 163 (1965). Resuelve también los recursos de *certiorari*, *United States v. Jacobson* y *Peter v. United States*.

merely personal moral code...) es el intento por parte del Congreso de los EUA de zanjar la disputa de las Cortes Federales de Apelación sobre el alcance del concepto "religión" en la ley militar(108).

Daniel A. Seeger y Arno S. Jakobson fueron condenados por la Corte Federal de Distrito de Nueva York, y Forest B. Peter, por la Corte Federal de Distrito de San Francisco, por no incorporarse a filas. Las dos condenas de la Corte neoyorkina fueron revocadas por la Corte de Apelación del Segundo Circuito, pero el Noveno Circuito sostuvo la decisión de San Francisco. Seeger explicó a las autoridades del *Selective Service* que se consideraba objetor a la guerra en cualquier forma en virtud de su creencia religiosa, pero que prefería dejar abierta la cuestión a la pregunta de si creía en un Ser Supremo, más que responder afirmativa o negativamente. Jacobson, por su parte, afirma creer en un Ser Supremo, Creador del hombre y Causa última de la existencia del ser humano. Por último, Peter manifiesta que la fuente de su creencia es la cultura democrática norteamericana, cuyos valores proceden de la tradición religiosa y filosófica europea.

El ponente de la decisión es el magistrado Clark. Paradójicamente, para algunos, el menos entendido en religión de toda la Corte(109). Las bases extrajurídicas de la decisión se cifran en el pensamiento de Paul Tillich y John A.T. Robinson.

Los objetivos de la sentencia parecen diversos: junto con el más explícito de determinar si dentro de la ley cabe una objeción que no responde a modelos religiosos tradicionales, la Corte pretende también establecer una separación entre objetor religioso y objetor ateo, entendiendo que los demandantes no son ateos(110),

(108) Cfr. Kent Greenawalt, *Religion as a Concept in Constitutional Law*, 72 Calif.L.Rev. 753, 759 (1984).

(109) Cfr. Henri J. Abraham, *Freedom and The Court, Civil Rights and Liberties in the United States*, Oxford University Press, ed.1982, pág. 229.

(110) 380 U.S. at 173-174.

dilucidando además si el término legal *Supreme Being* comprende un concepto amplio de deidad o una creencia o fe a la que todo se subordina o de la que todo depende como razón última(111).

El Tribunal pone de relieve la dificultad de precisar un significado unívoco al término *Supreme Being* por la enorme variedad de confesiones religiosas establecidas en EUA, e interpreta la ley entendiendo que el Congreso no parece intentar una restricción del concepto de creencia religiosa a las religiones tradicionales que mantienen una relación con un Dios personal. Sobre esta base, la sentencia —adoptada de forma unánime por la Corte— expresa una idea de religión amplia y subjetiva, radicada fuertemente en el individuo. Y establece la conocidísima fórmula sobre qué debe entenderse por *religious belief*: creencia sincera y significativa que ocupa en la vida de la persona un lugar de importancia semejante al que ocupa Dios en la vida de aquellos que claramente están cualificados para obtener la exención conforme a la definición legal (es decir, los miembros de religiones monoteístas tradicionales)(112). Este criterio de examen goza además, a juicio del Tribunal, de la ventaja de explicitar la intención legislativa de evitar cualquier discriminación entre creencias religiosas(113). Y la *species facti* para declarar la objeción deberá reunir de algún modo los siguientes requisitos: 1) compulsión (interna) a la "bondad", que motiva su total oposición a la guerra; 2) indiscutible sinceridad con la que se sostienen las creencias; y 3) presencia de la estimación de un gran precio

(111) Sobre el concepto de *ultimate concern* y su influencia en la decisión y, en general, en la doctrina constitucional americana para la definición legal de religión, cfr. Kent Greenawalt, *Religion as a Concept in Constitutional Law*, 72 Calif.L.Rev. 753, 806 (1984).

(112) *The test might be stated in these words: A sincere and meaningful belief which occupies in the life of its possessor a place parallel to that filled by the God of those admittedly qualifying for the exemption comes within the statutory definition.* 380 U.S. at 176.

(113) *This construction avoids imputing to Congress an intent to classify different religious beliefs, exempting some and excluding others, and is in accord with the well-established congressional policy of equal treatment for those whose opposition to service is grounded in their religious tenets.* Ibid.

"espiritual" que un hombre debe pagar por destruir a un semejante(114), a modo de reproche interno.

La decisión no fue muy bien recibida en los medios políticos, de modo especial en la Cámara de Representantes: L. Mendel Rivers (D.-S.C.), presidente del Comité para las Fuerzas Armadas de la Cámara, intentó presentar al Congreso para su aprobación una versión revisada de las disposiciones legales de 1951 para los objetores de conciencia, conforme a cual se exigiría para el reconocimiento legal de la objeción la pertenencia a una confesión organizada (y, posiblemente, reconocida). Dicha versión no prosperó, tras lo cual propuso una nueva reforma del lenguaje legal de 1951 que cristalizó en 1967: *Religious training and belief does not include essentially political, sociological or philosophical views, or a merely personal moral code*. Simplifica, por tanto, la definición originaria de 1948, toda vez que se suprime la referencia a un Ser Supremo como característica definitoria de lo religioso(115): *an individual's belief in a relation to a Supreme Being involving duties superior to those arising from any human relation, but (not including) essentially political, sociological, or philosophical views or a merely personal moral code*(116).

Por tanto, la definición legal de religión que se pretende a efectos de objeción de conciencia responde a un criterio analógico(117) (comparación con los credos

(114) Ibid. at 186-187. Estos elementos son reproducidos en *Welsh v. U.S.*, 90 S.Ct. at 1797.

(115) Cfr. Javier Martínez-Torrón, "La objeción de conciencia en la jurisprudencia del Tribunal Supremo Norteamérica, *Anuario de Derecho Eclesiástico*, vol. I, 1985, pág.411

(116) Cfr. Henri J. Abraham, *Freedom and The Court, Civil Rights and Liberties in the United States*, Oxford University Press, ed.1982, pág. 230.

(117) Cfr. Kent Greenawalt, *Religion as a Concept in Constitutional Law*, 72 Calif.L.Rev. 753, 762 y ss. (1984).

tradicionales a efectos de la definición de *religious belief*) e inmanente(118). A pesar de los intentos de distinguir entre este concepto de religión y ese *merely personal code* que se excluye del *status* de objetor, la frontera tiende a desvanecerse(119). En la sentencia se plantea, más que la admisibilidad de un concepto de religión ó deidad, la ruptura con el concepto de religión para ampliar el mismo a supuestos de agnosticismo(120).

El caso *Seeger* y la modificación de la ley preparan el campo para la decisión *Welsh v. United States*(121). Entre *Seeger* y *Welsh* la Corte Suprema rehusó, como ya se ha dicho, revisar las decisiones en materia de objeción de conciencia selectiva de los casos *Sisson*, *Koster* y *McFadden*.

Elliott A. Welsh, agente comercial de Los Angeles, de veintiocho años de edad, solicitó exención del servicio militar en 1964. Al rellenar el cuestionario, tachó de él las palabras *religious training*, en parte para demostrar su oposición a la guerra en virtud de amplios motivos históricos, filosóficos y sociológicos. Se petición fue denegada a falta de una prueba de la fundamentación religiosa de sus creencias. Llamado a filas, omite este deber y es condenado a tres años de prisión. La decisión

(118) *Of course, as we have said, the statute does not distinguish between externally and internally derived beliefs. Such a determination would, as the Court of Appeals observed, prove impossible as a practical matter, and we have found that the Congress intended no such distinction. Ibid. at 186.*

(119) *The use by the Congress of the words "merely personal" seems to us to restrict the exception to a moral code which is not only personal but which is the sole basis for the registrant's belief and is in no way related to a Supreme Being. Ibid. at 186.*

(120) Opino que esta idea se deduce de la propia sentencia, que describe la creencia de uno de los objetores, : *He did not disavow any belief "in a relation to a Supreme Being"; indeed he stated that "the cosmic order does, perhaps, suggest a creative intelligence." He decried the tremendous "spiritual" price man must pay for his willingness to destroy human life. Ibid. at 187.*

(121) *Welsh v. United States*, 398 U.S. 1792 (1970).

es adoptada por cinco votos contra tres(122), siendo ponente de la misma el magistrado Hugo Black.

Black establece un total paralelismo entre el supuesto planteado en *Seeger* y el de la decisión presente. Admitiendo que la ley de reclutamiento prohíbe la exención fundamentada exclusivamente en opiniones políticas, filosóficas o sociológicas, o en un código moral personal, sugiere que las ideas u opiniones de Welsh pueden ser entendidas como religiosas dentro de la ley: conforme a la interpretación de Black, la ley exime a aquellos cuyas conciencias, informadas por creencias morales, religiosas o éticas, no permiten la paz interior si se someten a sí mismos a ser parte de una guerra(123). No obstante, el elemento que produce la convicción de la mayoría del tribunal lo constituye la declaración documentada de Welsh en la que dice creer que quitar la vida a alguien es moralmente malo(124). Puesto que esta convicción es ostentada por el objetor con la fuerza de las tradicionales convicciones religiosas, puede considerarse —a juicio de los magistrados— que Welsh es apto para la exención que solicitó.

El magistrado Harlan concurre con la mayoría en cuanto al resultado, reconociendo a la vez su error al adherirse a la mayoría en el caso *Seeger*. Estima Harlan que los parámetros de enjuiciamiento establecidos en *Seeger* y repetidos en

(122) Anecdóticamente, los votos contrarios coinciden con aquellos magistrados que fueron miembros de la marina americana. Cfr. Henri J. Abraham, *Freedom and The Court, Civil Rights and Liberties in the United States*, Oxford University Press, ed.1982, pág. 232.

(123) *That section exempts from military service all those whose consciences, spurred by deeply held moral, ethical or religious beliefs, would give them no rest or peace if they allowed themselves to become part of an instrument of war.* 90 S.Ct. at 1798; 398 U.S. at 342.

(124) *"I believe that human life is valuable in and of itself; in its living; therefore I will not injure or kill another human being. This belief (and the corresponding 'duty' to abstain from violence toward another person) is not 'superior to those arising from any human relation'. On the contrary: it is essential to every human relation. I cannot, therefore, conscientiously comply with the Government's insistence that I assume duties which I feel are immoral and totally repugnant."* App. 10. 90 S.Ct. at 1798.

esta sentencia tergiversan el sentido de la referencia a la religión que se contiene en el texto legal examinado para evitar su posible inconstitucionalidad. Realmente —a juicio de Harlan— el texto legal es inconstitucional: el examen de la norma y de su historia legislativa demuestran que el Congreso pretendió sólo incluir las convicciones radicadas en la religión, entendida según el significado tradicional del término(125). Dado el alcance restrictivo con que él interpreta la *Establishment Clause*, el actual texto es inconstitucional. En materia de objeción de conciencia, respetar la Constitución supone conceder la exención a toda clase de objetores, con tal que las convicciones sean asumidas con suficiente intensidad(126).

En su *dissenting opinion*, el magistrado White reconoce que el Congreso no está obligado a conceder la exención, pero defiende a la vez que puede legislarse reconociendo los valores contenidos en la *Free Exercise Clause*. Por tanto, rechaza la postura de Harlan.

La aplicación práctica de la solución propuesta por el Tribunal en *Welsh* plantea un cambio importante en el modo de proceder de los 4.101 *Local Boards* administrativos, encargados de la cuestión de la objeción de conciencia. El criterio primordial —ahora— será partir de la existencia de unas creencias, fruto del estudio, de la reflexión, o de otro proceso intelectual, sostenidas sinceramente con la misma fuerza y alcance que las convicciones religiosas tradicionales(127).

(125) (...) *Congress was not embracing that definition of religion that alone speaks in terms of "devotion or fidelity" to individual principles acquired on an individualized basis but was adopting, at least, those meanings that associate religion with formal, organized worship or shared beliefs by a recognizable and cohesive group.* 90 S.Ct. at 1803.

(126) *If the exemption is to be given application, it must encompass the class of individuals it purports to exclude, those whose beliefs emanate from a purely moral, ethical, or philosophical source. The common denominator must be the intensity of moral conviction with which a belief is held.* Ibid. at 1806.

(127) Cfr. Henri J. Abraham, *Freedom and The Court, Civil Rights and Liberties in the United States*, Oxford University Press, ed.1982, pág. 233 (reproduciendo a pie de página una entrevista al Director del *Selective Service*, Curtis Tarr, en *The New York Times*, 6 de Julio de 1970, pág. 1).

3.2.6. Sinceridad de las creencias. Estimación por los organismos estatales.

Una vez que el objetor ha establecido el *prima facie case*, es misión fundamental de los *Local Boards* determinar la sinceridad de la creencia del objetor. Esta determinación queda reforzada, como hemos visto, tras los casos *Seeger* y *Welsh*.

La sinceridad de las creencias es una cuestión de primer orden no sólo en el ordenamiento de los EUA, sino en todo ordenamiento que se enfrenta con la regulación legal de la objeción militar. Pero, a la vez, es bien difícil de evaluar. Al reconocer la objeción, el Estado está concediendo una excepción al general cumplimiento de la ley, y normalmente, exige unas garantías que aseguren la ausencia de fraude. La sinceridad se convierte en punto clave para asegurar el funcionamiento correcto del sistema, para evitar que la *objeción* termine en una mera *opción* que desvirtúa la finalidad de la regulación jurídica.

Los posibles sistemas para garantizar la sinceridad de la objeción alegada son fundamentalmente dos: un sistema enraizado en el momento de la concesión de la objeción, y otro que pretende garantizar la misma en un momento posterior, en el cumplimiento de la prestación social sustitutoria, haciendo que esta tenga una duración o penosidad mayor que la que corresponde al servicio militar (sistema de auto-selección).

El sistema norteamericano opta por establecer un período de servicio social sustitutorio/servicio militar no armado, de duración igual al servicio militar normal. Esto hace, por tanto, que los órganos administrativos y judiciales pongan su atención preferente en el momento de concesión de la objeción legal. La determinación de la sinceridad de las creencias, al tratarse de un acto interno, se realiza mediante el exhaustivo examen de sus manifestaciones de su existencia.

El examen de sinceridad de las creencias se considera cumplimentado si de los

expedientes consta que el sujeto sostiene su oposición a toda guerra con la fuerza o solidez de las convicciones religiosas tradicionales(128). Pero no puede conducirse esta sinceridad, condicionando la concesión del *status* de objetor, a la aceptación o no del servicio militar/civil sustitutorio(129).

Al ser la sinceridad de las creencias un factor subjetivo, los hechos externos, sin ser conclusivos(130), sirven de ayuda al juzgador. Igualmente, cualquier hecho objetivo que arroja duda sobre la veracidad del peticionario es relevante, exigiéndose: a/ una conexión lógica entre el hecho y el punto donde se sitúa la insinceridad o la mala fe en orden a la denegación de la solicitud, y b/ que ese hecho sea una prueba afirmativa, no mera especulación o duda(131). En principio, el solicitante no puede fundamentar su petición exclusivamente en hechos objetivos (como sería, por ejemplo, ser ministro de una confesión pacifista), sino que primero están las cuestiones subjetivas que avalan la veracidad, y después se valorarán esas manifestaciones objetivas de sinceridad(132). En definitiva, las manifestaciones objetivas de objeción, apoyan esta o la reprueban, pero no la fundamentan. Por ejemplo, el ingreso como voluntario en el ejército no obstaculiza que, posteriormente, "cristalizara" una objeción de conciencia sobrevenida, plena de sinceridad(133). A lo más, ese ingreso voluntario arroja una duda sobre la objeción, pero no la anula.

(128) *U.S. v. Tigerman*, 456 F.2d 54 (C.A.Cal.1971), *certiorari denied* 92 S.Ct. 2433, 407 U.S. 914.

(129) *U.S. v. Pence*, 410 F.2d 557 (C.A. Minn. 1969).

(130) *U.S. v. Willson*, 452 F.2d 529 (C.A.Cal. 1971); *U.S. v. Andrews*, 446 F.2d 1086 (C.A.Okl. 1971); *Carson v. U.S.*, 411 F.2d 631 (C.A.Ga. 1969), *certiorari denied* 90 S.Ct. 143, 396 U.S. 865.

(131) *U.S. v. Iverson*, 455 F.2d 79 (C.A.N.D.1972); *U.S. v. Owen*, 415 F.2d 383 (C.A.Mo.1969); *Batterton v. U.S.*, 260 F.2d 233 (C.A.Mo.1958).

(132) *U.S. v. Corliss*, 280 F.2d 808 (C.A.N.Y.1960); *certiorari denied* 81 S.Ct. 167, 364 U.S. 884.

(133) *Weber v. Inacker*, 317 F.Supp. 651 (D.C.Pa. 1970); *U.S. ex rel. Martinez v. Laird*, 327 F.Supp. 711 (D.C.Fla.)

Esto salva por tanto la posibilidad en el ordenamiento norteamericano de la objeción de conciencia sobrevenida(134) y también la prosperabilidad de solicitudes de objeción de conciencia realizadas en los últimos días del plazo legal: esta "demora" se califica como relevante(135), pero no determinante(136).

Entre las categorías de hechos objetivos relevantes para la concesión de la exención que se sigue de una objeción administrativamente declarada, me gustaría destacar la ocupación u oficio del peticionario. Así, el hecho de haber trabajado antes en una fábrica de material bélico es relevante para denegar la petición(137), pero no lo es el oficio de telegrafista en líneas ferroviarias que transportan tropas(138).

3.2.7. Servicio militar/civil sustitutorios.

Bajo una concepción del servicio militar obligatorio como servicio al Estado que supone al ciudadano un gravamen, el servicio militar/civil sustitutorio aparece como mecanismo que evita la injusticia que supone que unos ciudadanos permanezca

(134) Casos de objeción sobrevenida directamente relacionados con la duda sobre la sinceridad o veracidad del solicitante: *Hopkins v. Schlesinger*, 515 F.2d 1224; *Bohnert v. Faulkner*, 438 F.2d 747 (C.A.Ky.1971).

(135) Cabe citar dos casos de objeción sobrevenida, en los que el hecho de la petición de objeción de conciencia realizada poco tiempo después de recibir órdenes de servicio activo arroja para los tribunales conclusiones opuestas: *Koh v. Secretary of the Air Force*, 719 F.2d 1384 (C.A.Cal.1983) deniega, y *LaFranchi v. Seamans*, 536 F.2d 1259 (C.A.Cal.1976) concede al menos la nulidad de la decisión administrativa contra la objeción del peticionario.

(136) *U.S. v. Hustinger*, 343 F.Supp. 223 (D.C.Minn.1972) en combinación con los argumentos de *O'Connor v. McKean*, 325 F.Supp.38 (D.C.Ala.1970), *affirmed* 442 F.2d 1351.

(137) *U.S. v. Wilson*, 452 F.2d 529 (C.A.Cal.1971); *De Remer v. U.S.*, 340 F.2d 712 (C.A.Minn.1965); *Kaline v. U.S.*, 235 F.2d 54 (C.A.Cal.1956).

(138) *U.S. v. Wilson*, 215 F.2d 443 (C.A.Ind.1954).

—por motivos de objeción— disfrutando de los "frutos de la vida civil"(139), mientras que otros quedan sujetos a los rigores de la milicia. El Estado se siente en la obligación de reiterar respecto de estas prestaciones sustitutorias su carácter de concesión legislativa. Es decir, que no existe un derecho constitucional a su disfrute(140). Sin embargo, la declaración de objetor y la prestación constituyen dos instituciones de algún modo separadas por cuanto, como hemos visto, la aceptación de la prestación no condiciona la declaración de objetor.

Apenas algunas nociones sobre el servicio no armado. Por tal debe entenderse aquel que se presta en una unidad del ejército que está desarmada en todo momento, aquel que se presta en un departamento de sanidad de cualquiera de los ejércitos o el que se presta en una función militar que no requiere el uso de armas en combate. Por entrenamiento o instrucción no armada debe entenderse aquella que no guarda relación con el estudio, uso o manejo de armas o proyectiles bélicos(141). La determinación de la objeción al servicio armado corresponde a los órganos administrativos, según la petición del objetor y los informes, declaraciones y pruebas que este aporte.

La prestación civil, supone para el objetor permanecer como civil, no quedando sujeto a disciplina o autoridad militar, siendo sus opciones, en consecuencia, realizar el trabajo que se le encomiende o incurrir en sanciones "civiles" (entiéndase, ajenas al código penal militar) si se niega realizarlo(142).

La ley exige que la prestación civil sea desempeñada en pro de la salud, seguridad o interés nacional, a juicio del Director estatal del *Selective Service System*,

(139) *U.S. v. Boardman*, 419 F.2d 110 (C.A.Mass. 1969).

(140) *Elizarraraz v. U.S.*, 400 F.2d 898 (C.A.Tex.1968).

(141) *Executive Order no. 10028 (jan.13, 1949, 14 F.R. 211)*, "Definition of Noncombatant Service and Noncombatant Training", del Presidente Harry S. Truman.

(142) *Gibson v. U.S., Ohio & S.D.*, 67 S.Ct. 301, 399 U.S. 338 (1946).

quien aprueba unas listas de organizaciones donde los objetores pueden prestar su servicio civil(143). La práctica administrativa ha ofrecido al objetor la posibilidad de manifestar sus preferencias en orden al trabajo a realizar(144). Cabe que, conforme a los reglamentos reguladores de la objeción, el *Selective Service System* prorrogue el cumplimiento de la prestación civil(145).

Como es natural o previsible, a lo largo de los años de vigencia del reclutamiento forzoso bajo la ley del 48 y sus posteriores modificaciones, han surgido negativas a la prestación sustitutoria. Dichas negativas pueden clasificarse de dos formas: primera, el rechazo por motivos religiosos o morales; segunda, el rechazo de los llamados *trabajos involuntarios*, emparentados con la esclavitud. Respecto del primer tipo, por ejemplo, un miembro de la *Old Order Amish* clasificado como objetor de conciencia al servicio militar alegó que la prestación civil suponía una colaboración indirecta al aparato militar del Estado, y que su cooperación al sostenimiento del Estado tiene serias consecuencias negativas en los valores de los *Amish*(146). No cabe, a juicio de los tribunales federales, ofrecer a este objetor unos *alternative means* (propios, diríamos, de una objeción religiosa) para con el deber impuesto(147).

(143) *U.S. v. Jennings*, 473 F.2d 999 (C.A.Ariz.1973), *certiorari denied* 94 S.Ct. 43, 414 U.S. 819. La posibilidad de que el objetor realice la prestación civil en el mismo lugar de su residencia habitual queda a juicio de los órganos administrativos bajo la regla general del interés, salud y seguridad nacionales: *Horey v. Tarr*, 470 F.2d 775 (C.A.N.Y.1972).

(144) *Ibid.*, y además *U.S. v. Chaudron*, 425 F.2d 605 (C.A.Mo.1970), *U.S. v. Lyzun*, 444 F.2d 1043 (C.A.Ill.1971), *certiorari denied*, 92 S.Ct. 278, 404 U.S. 948.

(145) *Iverson v. Rhodes*, 465 F.2d 402 (C.A.Ind.1972), *Piercy v. Tarr*, 343 F.Supp. 1120 (D.C.Cal.1972).

(146) *Slabaugh v. U.S.*, 474 F.2d 592 (C.A.Ohio 1973), *certiorari denied*, 94 S.Ct. 172, 414 U.S. 868.

(147) *U.S. v. Milligan*, 457 F.2d 916 (C.A.Iowa 1972). Con semejante supuesto de hecho, *U.S. v. Boardman*, 419 F.2d 110 (1st Cir. 1969) y *U.S. v. Fallon*, 407 F.2d 621 (7th Cir. 1969).

De otro orden son los rechazos a la prestación sustitutoria basados en la Decimotercera Enmienda del *Bill of Rights*, que prohíbe la esclavitud o, extensivamente, el servicio involuntario(148). Las decisiones que podrían examinarse al respecto son múltiples, si bien la *fattispecie* en todos los casos es idéntica. Con una diferencia de 15 años, examinaré dos, la última de las cuales ofrece un interesante resumen de la doctrina judicial al respecto.

La decisión *United States v. Hoepker*(149) plantea tres casos similares de rechazo de la prestación sustitutoria. Armand Fred Hoepker, Walter Gail Thomas y Edward L. Smith son condenados penalmente por no realizar la prestación (Smith) y no presentarse (Hoepker y Thomas) en el destino de la misma, en decisiones separadas ante la Corte Federal de Distrito de Illinois. A los efectos que nos interesan, apelan las sentencias al Tribunal de Circuito, indicando que la disposición legal que establece el servicio civil infringe la decimotercera enmienda constitucional. La Corte falla en contra, señalando el fuerte precedente que apoya esta particular cuestión(150): en el ardor de la sociedad americana por preservar los derechos civiles individuales conforme al mandato constitucional, somos proclives —dice la sentencia— a perder de vista los deberes que todo ciudadano tiene hacia su Nación y su Gobierno, conforme a la Constitución. La fuerza armada que está reservada al legislativo, lleva consigo la autoridad para reclutar ciudadanos con el fin de defender la Nación ante una emergencia. Es necesariamente correlativo el deber de todos los americanos de servir cuando son llamados. La fortaleza y vitalidad de una Nación se mide por criterios más amplios que el meramente numérico de hombres armados.

(148) *Amedment XIII (ratified in 1865).Section 1. Neither slavery nor involuntary servitude, except a punishment for crime whereof the party shall have been duly convicted, shall exist within the United States, or any place subject to their jurisdiction.* No se podrán imponer dentro de los Estados Unidos o en lugar alguno sujeto a su jurisdicción, ni la esclavitud ni la servidumbre involuntaria, salvo como castigo por delitos de los cuales haya sido debidamente convicto el afectado.

(149) *United States v. Hoepker*, 223 F.2d 921 (7th Cir. 1955).

(150) *United States v. Pomorski*, 222 F.2d 106; *United States v. Niles*, 220 F.2d 278; *United States v. Sutter*, 127 F.Supp. 109.

Al recibir la clasificación I-O, por concesión del gobierno, los objetores de conciencia quedan eximidos de un deber de servir en las fuerzas armadas. Pero al igual que no se puede argumentar que el Congreso carece del poder de exigir a todos un servicio militar, no cabe defender que tiene menos poder para exigir a los objetores un servicio civil perfectamente calculado para ofrecer fortaleza a nuestro país en momentos de emergencia(151). En definitiva, una argumentación que reenvía al poder de defensa del Congreso y al carácter privilegiado de la objeción de conciencia.

En torno a 1970, Earl Thorn fue acusado por no presentarse en el destino del servicio civil sustitutorio. La sentencia fue dictada por la Corte Federal de Distrito de Louisiana, División de New Orleans(152), en virtud de un *motion to dismiss* del acusado, en el que se alega la inconstitucionalidad de la norma de cuya infracción se le acusa. Para la Corte, este tipo de alegaciones no son nuevas: prácticamente todos los tribunales federales de apelación —dice el juez Cassibry— se han enfrentado con la cuestión. Y, citando la decisión *U.S. v. Holmes*(153), hace suyo el razonamiento conforme al cual el servicio sustitutorio tiene como fin, en tiempos de paz, preservar la disciplina y moral de las fuerzas armadas(154), sin ser por ello un castigo, sino una alternativa. Al igual que el poder de exigir impuestos no es confiscación de la propiedad, el servicio sustitutorio no es someter a esclavitud(155).

(151) 223 F.2d at 923.

(152) *U.S. v. Thorn*, 317 F.Supp. 389 (1970).

(153) *United States v. Holmes*, 387 F.2d 781 (7th Cir.1968), sobre la constitucionalidad del servicio social sustitutorio en tiempos de paz.

(154) *The influence of conscientious objectors against the use of military force in defense of the principles of our government is apt to be more detrimental than their refusal to bear arms. United States v. Schwimmer*, 279 U.S. at 651 (1929).

(155) *Heflin v. Sanford*, 142 F.2d 798 (5th Cir.1944).

3.3. Los órganos administrativos competentes en materia de objeción de conciencia.

La ley de 1948⁽¹⁵⁶⁾ establece la creación —sucediendo al anterior organismo denominado *Office of Selective Service Records*(¹⁵⁷)— del *Selective Service System* (en adelante SSS), dentro del poder ejecutivo, al frente del cual se encuentra un Director general. El SSS deberá tener al menos un emplazamiento en cada Estado o Territorio sometido a la jurisdicción estadounidense.

El Director es nombrado por el Presidente de los Estados Unidos, con el consentimiento y consejo del Senado. Cada sección del SSS, estatal o territorial, está encabezada por un Director, nombrado por el Presidente General, oído el parecer del Gobernador del Estado.

Dentro de cada estado o división territorial sometida a la jurisdicción de los EUA deberá establecerse, asimismo, los *civilian local boards*, *civilian appeal boards* y *agencies of appeal* necesarios para cumplir con los cometidos asignados al SSS: registro de personas en edad militar, examen, clasificación, selección, asignación o destino, y gestiones inmediatamente previas al ingreso efectivo en las Fuerzas Armadas.

El *local board* desempeña los cometidos propios del SSS en un condado o subdivisión política equivalente (también se establece, para los condados pequeños, los *intercounty local boards*, que no podrán comprender más de cinco condados). Está compuesto, conforme a la ley, por al menos tres miembros nombrados por el Presidente estatal del SSS oído el Gobernador del Estado. El Presidente estatal ha de procurar que los *local boards* representen lo más exactamente posible la raza y origen

(156) Cfr. U.S.C.A. 50 App. § 460.

(157) Creado por ley de 31 de marzo de 1947.

nacional(158) de los ciudadanos del Estado. Después de Diciembre de 1971, ningún miembro pudo, por disposición legal, permanecer más de 20 años en un *local board*. Para ser miembro de un *local board* es preciso ser mayor de edad, ciudadano de los EUA, residente en el condado del *local board*(159), y no pertenecer a las Fuerzas Armadas. Sus funciones, repetimos, son las de atender y resolver (bajo el derecho de apelación a los *appeal boards*, según los casos) todas las cuestiones y reclamaciones que versen sobre la inclusión, prórroga y exención del adiestramiento y servicio militar de ciudadanos del propio condado. Al crear los *local boards*, el Congreso depositó sobre esta institución una gran confianza: no sólo por la fuerte dosis de descentralización que supone el *local board* en unos momentos en que la burocracia federal tendía a lo contrario, sino también por la intencionalidad subyacente, en la composición y funciones del *local board*: que sean los propios civiles, convecinos del solicitante (la comunidad, la Nación americana representada por ellos), quienes decidan sobre su disponibilidad para el servicio militar(160).

Los *appeal boards* extienden sus cometidos al territorio de los distritos judiciales federales (o equivalentes en territorios sometidos a la jurisdicción de los EUA). Estarán igualmente compuestos por ciudadanos de los EUA que no pertenezcan a las Fuerzas Armadas. Sus decisiones son firmes, salvo materias en las que quepa recurso al Director del SSS por regulación administrativa general o a discreción del propio Director.

(158) Ley de 28 de septiembre de 1971 (50 U.S.C.A. § 460b)(3)). Esta disposición legal causó no pocos problemas a los tribunales federales aunque, por lo general, se rechazan las alegaciones de clasificación incorrecta basadas en el hecho de que entre los miembros del *local board* no hubiera ningún negro: *U.S. v. Lemons*, 480 F.2d 1214 (C.A.Ga.1973); *U.S. v. Johnson*, 476 F.2d 1251 (C.A.Miss.1973); *Schutz v. U.S.*, 422 F.2d 502 (C.A.Tenn.1969); *Nelloms v. U.S.*, 399 F.2d 295 (C.A.Ga.1968).

(159) A partir de 1970, la residencia de los miembros el *Local Board* en el condado se entiende como disposición directiva, pero no preceptiva, como resulta de, entre otras, las sentencias *U.S. v. Fox*, 437 F.2d 419 (C.A.Cal.1971); *U.S. v. Thaxter*, 437 F.2d 417 (C.A.Cal.1971); *U.S. v. Cabbage*, 430 F.2d 1037 (C.A.Tenn.1970)

(160) Charles H. Wilson Jr, *The Selective Service System: An Administrative Obstacle Course*, 54 Calif.L.Rev. 2123, 2132-2133, 2161-2168 (1966).

Desde la reforma legal que supuso la *Military Selective Service Act* de 1967, no cabe recurso judicial a las decisiones emanadas de este órgano administrativo, salvo defensa frente a la acusación penal de delito(161). Luego veremos las implicaciones de esta restricción.

La ley estableció(162) que, una vez instituido un sistema de defensa basado en el reclutamiento voluntario de todos los efectivos militares (por tanto, desde el año 1973) el SSS subsistiría como organismo activo y permanente, con una estructura de registro y clasificación y con personal adecuado para recuperar inmediatamente su total operatividad.

El procedimiento administrativo que sigue el *local board* desde el llamamiento "a talla" hasta la declaración de objeción de conciencia es el siguiente(163): 1/ presentación del ciudadano en edad militar para su registro en el *local board*(164), indicando el domicilio al cual el organismo puede dirigirse para las sucesivas comunicaciones; se le asigna un número (compuesto de cuatro elementos: estado, *local board*, año de nacimiento y posición en los expedientes de clasificación) y se le entrega el certificado de registro. En caso de que se eluda el registro, el organismo oficial puede reclamar del sujeto su comparecencia. Si elude ésta, se inicia procedimiento penal. 2/ El *local board* envía un cuestionario de clasificación (*SSS form no.100*) donde, entre otras cosas, el ciudadano debe indicar su ocupación,

(161) *No judicial review shall be made of the classification or processing of any registrant by local boards, appeal boards, or the President, except as a defense to a criminal prosecution instituted under section 12 of this title.* Pub.L.No. 90-40, 81 Stat. 100 (1967).

(162) Leyes de 1971 (Pub.L. 92-129) y 1987 (Subsec. (h) Pub.L. 100-180, § 715(1)). 50 U.S.C.A. § 460(h).

(163) *United States v. Palmer*, 223 F.2d 893 (3rd Cir.1955); *Moon v. United States*, 220 F.2d 730 (5th Cir.1955).

(164) El registro no tiene por qué efectuarse ante el *local board* correspondiente al domicilio. Cfr. 32 C.F.R. § 1613.1 (1962). Las referencias que hago al *Code of Federal Rules* son indirectas, a través de sentencias y artículos doctrinales, ya que no he podido disponer de esa recopilación federal en la elaboración de la memoria de doctorado.

conocimientos y si solicita acogerse a la objeción de conciencia. La junta debe comunicar al sujeto el resultado de su clasificación. 3/ La junta local convoca para examen médico y, en su caso a petición del interesado, envía el impreso número 150 (para reclamar la clasificación como objetor de conciencia)(165), que el objetor debe rellenar y devolver antes de ser llamado a filas. Tras el registro y la clasificación, el sujeto debe estar siempre en posesión de la denominada *draft card*(166). 4/ La junta local decide acerca de la petición en virtud del impreso 150, la documentación que el objetor aporte junta a ésta y los testigos que aporte.

Las garantías procedimentales establecidas por la ley de 1948 y de 1971, exigen un procedimiento expeditivo, donde el reclamante tiene derecho de comparecencia, de presentación de pruebas documentales y testificales (aunque no en recurso), y extensión por escrito de la decisión tomada y de sus motivos(167).

El plazo legal dentro del cual los *local boards* son competentes para decidir sobre la objeción de conciencia se abre después del registro(168) y queda cerrado con el *envío*(169) de la *induction notice*, tras la cual cualquier

(165) 32 C.F.R. § 1620.11 (1967); *Selective Service Form* (rev. 1959). Consultado el *Church-State Resource Center* de la *Norman Adrian Wiggins School of Law* (Universidad de Campbell, N.C.), me informaron de que la sección 1620 del *Code of Federal Rules* ha sido rechazada o reclasificada, con lo que el impreso 150 ya no parece vigente en 1992. A falta de algún comentario legal particular sobre dicho impreso, no he podido tener acceso a otra información al respecto.

(166) Cfr. *Zigmond v. Selective Service Local Board No.16*, 396 F.2d 290 (C.A.Mass.1968); *U.S. v. Sloan*, 302 F.Supp. 596 (D.C.Cal.1969).

(167) 50 U.S.C.A. App. § 471a. *Procedural rights*. Sin embargo, estos derechos del procedimiento esán desgajados del tronco común del procedimiento administrativo federal: 50 U.S.C.A. App. § 463(b) hace inaplicable la *Administrative Procedure Act* a las resoluciones y procedimientos del SSS.

(168) *U.S. v. Reiss*, 478 F.2d 338 (C.A.N.Y.1973).

(169) *U.S. v. Stow*, 474 F.2d 1132 (C.A.Cal.1973); *U.S. v. Wenzel*, 422 F.2d 1325 (C.A.Cal.1970), *certiorari denied* 91 S.Ct. 1644, 402 U.S. 981. Si el reclamante solicita al SSS la reapertura del procedimiento para reclasificación, por haber variado las

reclamación en la materia deberá dirigirse a los órganos competentes de las Fuerzas Armadas(170).

3.4. La revisión administrativa y judicial de la objeción de conciencia(171).

3.4.1. Antes de junio de 1967.

El procedimiento para la resolución de una petición de *status* de objetor de conciencia, así como los derechos de recurso ante una resolución administrativa adversa, fueron desarrollados bajo la *Selective Training and Service Act* de 1940 y la *Universal Military Training and Service Act* de 1948.

Si la decisión del *local board* a partir de la *selective service form no. 150* y los materiales aportados por el objetor es negativa, el ciudadano tenía derecho a comparecer ante el *local board*, expresando su opinión, aunque carecía del derecho

circunstancias en virtud de nuevos hechos en su vida, capaces de constituir un *prima facie case*, y el *local board* se niega a reabrir la clasificación, el requerimiento de incorporación a filas es nulo, según afirma la decisión de la Corte Suprema *Mulloy v. U.S.*, 90 S.Ct. 1766, 398 U.S. 410 (Ky.1970); otras cortes federales inferiores confirman necesariamente esta doctrina: *Clark v. Volatile*, 427 F.2d (C.A.Pa.1970); *U.S. v. Balckwell*, 310 F.Supp.1152 (D.C.Me.1970).

(170) *The local board may reopen and consider anew classification of a registrant (a) upon the written request of the registrant ... if such request is accompanied by written information presenting facts ... which, if true, would justify a change in the registrant's classification; ... provided ... the classification of a registrant shall not be reopened after the local board has mailed to such registrant an Order to Report for Induction ... unless the local board first specifically finds there has been a change in the registrant's status resulting from circumstances over which the registrant had no control.* 32 C.F.R. § 1625.2 (1962). ¿Cómo juzgar si un cambio en el juicio o conclusión de conciencia puede considerarse "circunstancia sobre la que el solicitante no tiene control"? En la medida en que la *Order To Report* se enviaba al objetor con dos semanas de antelación a la incorporación a filas, la práctica cerraba la posibilidad de un recurso exitoso. Vid. también *Ehlert v. U.S.*, 91 S.Ct. 1319, 402 U.S. 99 (1971); *U.S. v. Rosebear*, 500 F.2d 1102 (C.A.Minn.1974).

(171) Cfr. James B. White, *Processing Conscientious Objectors Claims: A Constitutional Inquiry*, 56 Calif.L.Rev. 652 (1968).

a asistencia letrada, del de transcripción de su declaración o de presentar nuevas pruebas(172). Si, tras esta revisión, la resolución seguía siendo negativa, entonces cabía recurso ante el *appeal board*, aunque en ese nivel no tenía el objetor derecho de comparecencia. A su vez, una resolución dividida o negativa en el *appeal board*, abría la posibilidad de elevar recurso ante el *Presidential Appeal Board*.

Otra garantía exclusiva para la objeción de conciencia consistía en que la ley exigía en los recursos de apelación ante el *appeal board* una audiencia o revisión *de novo* sobre el carácter y buena fe de la objeción del recurrente: el Departamento de Justicia realizaba una recomendación ó informe a partir de esa nueva revisión (normalmente una investigación del *Federal Bureau of Investigation*, FBI) que el *appeal board* debía considerar. En la práctica, el procedimiento ofrecía al peticionario una segunda oportunidad de presentar su caso de objeción ante un panel distinto de decisores. La ley establecía, no obstante, que la decisión emanada del SSS era "final"(173). La Corte Suprema entendió por "final" que la resolución adquiría firmeza, y que sólo cabía revisión judicial anterior a la incorporación a filas respecto de materias ajenas a la propia clasificación o al juicio subyacente a la resolución (como sería, por ejemplo, la alegación de que el sujeto no se encuentra dentro de la edad legal de llamada a filas, o que no está sujeto a la ley por tener nacionalidad extranjera). Por tanto, la decisión administrativa sólo podía ser revisada mediante recurso de *habeas corpus* posterior a la efectiva incorporación en el ejército(174): en el momento en que el sujeto comparece para incorporación y,

(172) 32 C.F.R. §§ 1624.1-2 (1967).

(173) *Act June 24, 1948, ch.62. tit.I, 62 Stat.605, 620.*

(174) *Estep v. United States*, 327 U.S. at 123 (1946); *Falbo v. United States*, 320 U.S. 549 (1944). Estas dos decisiones vienen a establecer lo que podríamos llamar "principios de la revisión judicial" de las resoluciones administrativas en materia de reclutamiento: un principio de agotamiento de los recursos administrativos (*Falbo*) y el principio de revisión por acusación penal (*Estep*). El principio de agotamiento de recursos administrativos tiene como justificación la agilidad en la movilización de hombres para el ejército y el respeto al procedimiento administrativo hasta su finalización, con el fin de evitar costes judiciales (ej.: revisar una resolución que está recurrida ante el *appeal board*, y que viene a ser anulada por ese organismo administrativo, mientras está pendiente un proceso judicial sobre una decisión

por ejemplo, rehúsa prestar juramento o participar en la ceremonia de incorporación en las fuerzas armadas (el tradicional "paso adelante"...)(175). El Tribunal Supremo también sostuvo que el objeto de la revisión estaba limitado a determinar si la resolución del *local board* tenía "fundamento de hecho" para ser adoptada una clasificación; en caso contrario, ese órgano administrativo se veía privado de "jurisdicción"(176). El examen de esta cuestión se entiende como "cuestión de derecho" y no "de hecho": por tanto, no constituye una *jury question* y no se admite la aportación de nuevas pruebas distintas de las que obraran en poder del *local board*(177).

A principio de 1950, la aplicación de esta doctrina de revisión judicial al caso específico de la objeción de conciencia se hizo patente en un par de sentencias del Tribunal Supremo.

que ya no existe. Cfr. Jaffe, *The Exhaustion of Administrative Remedies*, 12 Buff.L.Rev. 327 (1963)).

(175) *Billings v. Truesdell*, 321 U.S. 542 (1944), *Wills v. United States*, 348 F.2d 943 (9th Cir.1967).

(176) *The question of jurisdiction of the local board is reached only if there is no basis in fact for the classification which it gave the registrant. Estep v. United States*, 327 U.S. at 122-123 (1946). Las Cortes Federales infieren de esto que incluso aun cuando los tribunales llegaran a una conclusión diametralmente opuesta de la de un jurado, si hay fundamento de hecho para la decisión administrativa no cabe revisión. *U.S. v. Phillips*, 143 F.Supp. 496 (D.C.W.Va.1956); *U.S. v. Miller*, 143 F.Supp. 143 (D.C.W.Va.1956), *affirmed* 239 F.2d 148. En una definición mayor del requisito de *basis in fact* el Cuarto Circuito estableció que *In a prosecution for refusing to submit to induction, the scope of judicial inquiry into the administrative proceedings leading to the defendant's classification is very limited. The range of review is the narrowest known in the law... The "clearly erroneous" rule applied in equity appeals has no place here, nor even the "substantial evidence" rule in the Administrative Procedure Act... Congress gave the courts no general authority of revision over draft board proceedings, and we have authority to reverse only if there is a denial of basic procedural fairness or if the conclusion is without any basis in fact. Blalock v. United States*, 247 F.2d 615, 619 (4th Cir. 1957).

(177) *Cox v. United States*, 332 U.S. 442, at 452-453 (1947).

En *Dickinson v. United States*(178), la Corte Suprema afirma que una vez que el peticionario (ministro de una confesión religiosa que solicita exención por razón de este oficio) cumple con su carga probatoria (establecimiento de un *prima facie case* conforme a las exigencias normativas vigentes), su solicitud no puede ser rechazada sólo por razón de sospecha o "especulación". Debe haber —dice el Tribunal— cierta prueba de incompatibilidad con la aportada por el peticionario (como sería, por ejemplo, la falsedad del documento que certifica su condición de ministro).

Sin embargo, la protección que este caso prometía para los objetores se desvanece en la sentencia *Witmer v. United States*(179). Aquí, la Corte afirma que se puede denegar la petición de objeción militar —aunque no haya prueba expresa de incongruencia con la petición— si la denegación se apoya en un juicio de insinceridad (emitido por la junta local) a partir de la apariencia o comportamiento del solicitante. Distingue la Corte *Dickinson* de este supuesto, diciendo que la objeción de conciencia tiene como elemento central la sinceridad personal del peticionario, mientras que en la exención ministros religiosos se tiene que demostrar simplemente la condición de ministro, no sus "motivaciones": los rasgos configuradores del *prima facie case* son diferentes en uno y otro supuesto, y el *local board* emite un juicio respecto de la sinceridad que escapa de esa *basis of fact*, de forma que no cabe, al menos en teoría, revisión judicial de él. En la objeción de conciencia, la revisión queda entonces limitada a la corrección de errores procedimentales y, en aquellos casos en los que el *local board* u otros órganos de apelación del SSS hayan indicado las razones para la denegación, de errores de derecho.

El valor del procedimiento hasta 1967 era, repetimos, el hecho de que en vía administrativa se permitía en apelación la entrada del Departamento de Justicia, realizando en apelación *de facto* una nueva resolución sobre materiales probatorios

(178) *Dickinson v. United States*, 346 U.S. 389 (1953).

(179) *Witmer v. United States*, 348 U.S. 375 (1955).

anteriores, pero también nuevos(180).

Una de las sentencias famosas que revisan la resolución administrativa bajo este sistema fue *Clay v. United States*(181). Como se verá, se estima un error de derecho sobre el concepto de *religious training and belief*. El solicitante de la exención por objeción de conciencia era Casius Clay, boxeador, converso al Islam. Su petición de exención fue rechazada por el *local board*, y elevó recurso al *appeal board* que, con carácter provisional, le clasifica para I-A (servicio militar no armado); el Departamento de Justicia realiza una audiencia del interesado, testigos, familiares, etc. A pesar del informe favorable del *hearing officer* (un juez retirado de Kentucky) el Departamento de Justicia escribe al *appeal board* recomendando que se deniegue la petición a Casius Clay. El organismo de apelación, efectivamente, deniega la exención a Clay sin indicar razones al respecto. Clay es llamado a incorporarse a filas y se negó a dar el tradicional "paso adelante", siendo condenado penalmente. La resolución fue ratificada por la Corte Federal de Apelación, quinto circuito(182). La Corte Suprema Federal admite el *writ of certiorari* y falla *per curiam* en favor del objetor.

En esta decisión, la Corte dedica un párrafo a indicar los tres requisitos básicos que un solicitante debe cumplir para ser eximido del servicio militar: oposición a toda guerra por motivos de conciencia, oposición de raíz religiosa (creencia y formación), objeción sincera(183). Reconoce la Corte que el gobierno tenía una *basis in fact* para tomar la decisión, con lo que esta alegación del peticionario no se examina. Sin

(180) La participación del Departamento de Justicia parece establecida con el fin de introducir un organismo estatal que esté asociado con las Fuerzas Armadas en menor medida que el SSS, y que sea menos hostil a la hora de considerar la concesión del *conscientious objector status*. Cfr. *Pre-Induction Availability of the Right to Claim Conscientious Objector Exemption*, 72 Yale L.J. 1459, 1465 (1963).

(181) *Clay v. United States*, 403 U.S. 698 (1971).

(182) 397 F.2d 901.

(183) 403 U.S. at 700.

embargo, sí que se entra al argumento del gobierno de que las creencias del objetor obedecen más a razones políticas y raciales: no se objeta contra cualquier forma de guerra, sino contra la participación en el ejército de los EUA, en protesta por la política exterior que realiza. No acepta la Corte Suprema esta argumentación, y entiende que existe una creencia y formación religiosas conforme al precedente *Seeger*. El *Appeal Board* denegó la petición de Clay sin razonar el motivo y, en la medida en que la resolución de la junta de apelación se basa en el parecer consultivo del Departamento de Justicia, y esta consulta desvía el concepto de *religious training and belief*, conforme a la doctrina de la decisión *Sicurella v. United States* y los precedentes en materia de sanciones criminales bajo las leyes de reclutamiento(184), la resolución administrativa es nula.

3.4.2. Después de junio de 1967.

En junio de 1967 el Congreso de los EUA aprobó la *Military Service Act* que introduce cambios radicales en el contexto de las decisiones a adoptar por los *draft boards*.

La ley expresamente adopta los criterios que la Corte Suprema norteamericana propuso gradualmente ante el vacío existente en la *statute law*: los errores en la clasificación sólo pueden ser judicialmente recurridos cuando el peticionario era acusado criminalmente de infringir las leyes de reclutamiento militar, y el alcance o extensión de la revisión judicial estaba limitado al problema de la competencia del SSS y los fundamentos de hecho de la decisión(185). Los recursos de los que goza el objetor al que el SSS ha dado una clasificación desfavorable son sólo dos:

(184) *United States v. Cain*, 149 F.2d 338 (1945); *United States v. Lemmens*, 430 F.2d 619 (7th Cir.1970); *United States v. Broyles*, 423 F.2d 1299 (4th Cir.1970); *United States v. Haughton*, 413 F.2d 736 (9th Cir.1969).

(185) Sobre estas y las siguientes modificaciones que se explican, vid. 50 U.S.C.A. App. § 460 y § 465 (Supp.1967).

someterse a la incorporación a filas, solicitando el *writ* de *habeas corpus*(186) ante los tribunales federales de distrito (esto le hace *in-service conscientious objector*) u obtener revisión judicial tras el agotamiento de todos los recursos administrativos posibles(187). Junto a esto, la ley limita las discreción en la persecución del delito por el Departamento de Justicia (principio de oportunidad en nuestro derecho español), al establecer que debía proceder con la mayor rapidez posible en los casos de acusaciones promovidas por el Director del SSS sobre la infracción de la ley de reclutamiento (a favor del principio de legalidad, en nuestro derecho). Igualmente, la ley ordena a los tribunales dar preferencia a los casos relacionados con el reclutamiento, y establece que dichos casos han de adelantarse en el *docket*(188) para su inmediata audiencia. Por último, la ley establece la sujeción de todos los *registrants* al reclutamiento, en la medida en que este sea físicamente posible(189). Por ello, una persona que por razones de conciencia se negara a ingresar en filas, y que no fuera clasificada como objetor militar, estaría siendo condenada penalmente hasta prácticamente el final de su vida.

Sin embargo, hay que matizar esa afirmación de sucesivas condenas penales, teniendo presente la creación por el Presidente de los EUA Gerard Ford en 1974 del

(186) Sobre el *writ* de *habeas corpus*, Cfr. VV.AA. *The Constitutional Law Dictionary*, ABC-CLIO, California, 1985, pág. 419-420. De una finalidad inicial dirigida a revisar la legalidad (en sede de ley federal) de presos estatales, la Corte Suprema de los EUA -en sus decisiones *Frank v. Magnum*, 237 U.S. 309 (1915); *Brown v. Allen*, 344 U.S. 443 (1953); *Fay v. Noia*, 372 U.S. 391 (1963)- expande el recurso y lo integra *de facto* como un elemento más del sistema de recurso en un proceso, aunque la Corte Warren limitó su empleo e intentó devolver su sentido original. Sobre los problemas prácticos del recurso de *habeas corpus* "after induction", cfr. Lawrence L. Curtice, *Judicial Review of Selective Service Action: A Need for Reform*, 56 Calif.L.Rev. 448, 460 (1968).

(187) Sobre el funcionamiento particular de ambos procedimientos, Lawrence L. Curtice, *Judicial Review of Selective Service Action: a Need for Reform*, 56 Calif.L.Rev. 449 (1968).

(188) Lista donde los tribunales norteamericanos llevan los casos pendientes de resolución.

(189) Disposición legal reforzada por la *Executive Order* del Presidente norteamericano No. 11.360, 32 Fed. Reg.9787 (1967).

Presidential Clemency Board(190), organismo dependiente del poder ejecutivo, que —a instancia de parte interesada— examina los casos de condena por infracción de la ley militar, del Código de Justicia Militar, o la omisión de los deberes de registro, personación ante los *local boards*, incorporación a filas o prestación de servicio militar completo. Esta regulación cuenta, además, con la proclamación no. 4313 sobre el programa para el retorno de evadidos de la ley de reclutamiento y desertores militares durante la "era Vietnam" y con la *executive order* del Presidente Carter de amnistía por infracciones de la ley entre el 4 de agosto de 1964 y el 28 de marzo de 1973(191).

Pero volvamos de nuevo sobre la reforma de 1967. El cambio más drástico de la nueva ley está en la completa eliminación de la intervención del Departamento de Justicia en el procedimiento administrativo. Ahora el objetor sólo puede elevar recurso al *appeal board*, ante quien no tiene derecho de comparecencia, y de ahí al *Presidential Board* en caso de decisión no unánime del órgano inferior.

No son, por tanto, de extrañar las tajantes afirmaciones de las Cortes Federales sobre el particular, que pueden resumirse así: la revisión judicial de las clasificaciones emanadas del SSS es extremadamente limitada(192).

(190) *Executive Order no. 11803.- Clemency Board to Review Certain Convictions and Discharges*, Sept. 16, 1974 (50 App. U.S.C.A. §462).

(191) *Proclamation no. 4313, Sept. 16, 1974, 88 Stat. 2504.- Program for Return of Vietnam Era Draft Evaders and Military Deserters*, 50 U.S.C.A App. § 462 (para los "insumisos", se pone como condición que no hayan sido condenados aún; para los *military deserters*, se establece un servicio civil alternativo como condición a la exención de persecución de sus delitos); *Executive Order no. 11967, Jan. 21, 1977, 42 F.R. 4393.- Implementation of Pardon for Violation of Act, August 4, 1964 to March 28, 1973*, 50 U.S.C.A. App. § 462.

(192) *U.S. v. Dillon*, 294 F.2d 631 (C.A.Ga.1969), *certiorari denied* 90 S.Ct. 143, 396 U.S. 865; *U.S. v. Gearey*, 379 F.2d 915 (C.A.N.Y.1967), *certiorari denied* 88 S. Ct. 335, 389 U.S. 959; *U.S. v. White*, 421 F.2d 487 (C.A.Fla.1969); *Roberston v. U.S.*, 417 F.2d 440 (C.A.Miss.1969).

4. La objeción de conciencia sobrevenida en el ordenamiento norteamericano.

Debe entenderse por objeción de conciencia sobrevenida aquella que un individuo plantea con posterioridad a su integración en el aparato militar. De modo práctico, a efecto de ajustar la misma a la ley y a la distribución de competencias entre *local boards* y Fuerzas Armadas, aquella que se origina tras la notificación de la llamada a filas.

Sistemáticamente, se sustrae al tratamiento de los elementos de la ley-modelo de 1948 y 1967. Aunque presupone los elementos definitorios de objeción de conciencia contenidos en esas leyes, introduce un factor diverso: los órganos administrativos decisores del reconocimiento de la objeción militar son militares, no civiles. Además, hay que recalcar que, habiendo expirado los poderes presidenciales aprobados por el Congreso para reclutamiento forzoso en 1973(193) y a falta de una renovación de tales poderes por el Congreso, el fenómeno por el que la objeción de conciencia se manifiesta en nuestros días en los EUA es la objeción sobrevenida, bajo los conceptos acuñados en la legislación estudiada.

4.1. Naturaleza del tratamiento legal de la objeción sobrevenida.

El ordenamiento norteamericano reconoce administrativa y judicialmente la objeción militar sobrevenida, tanto respecto de los ciudadanos integrados en las fuerzas armadas por reclutamiento forzoso, como de los que prestan servicio voluntariamente(194). La cuestión fundamental es dilucidar si la naturaleza del tratamiento legal es la misma que para la objeción de conciencia surgida antes de la incorporación a filas.

(193) 50 U.S.C.A. § 467(c).

(194) Con la limitación de que dicha objeción sea realmente "sobrevenida"; es decir, que se origine estando ya en el ejército, sin que puedan considerarse tanto las que se originaron antes (y no se reclamaron ante la junta local del SSS), como las que fueron rechazadas por dicho organismo. Cfr. *Department of Defense Directive No. 1300.6 -Part III*.

Respecto de esta última, ya se indicó que se sustrae a un tratamiento judicial a través de la Primera Enmienda Constitucional, para afincarse en las reglas que establecen, fundamentalmente, la ley de 1948 y 1967. Conforme a éstas, y a la jurisprudencia que las confirman, estamos ante un privilegio concedido por el Congreso de los EUA —en virtud de razones históricas (respeto de la conciencia individual religiosamente informada) y prácticas (la difícil integración del objetor, la moral de las fuerzas armadas como grupo jerárquico, etc)— y no frente a un derecho emanado de la Cláusula de libre ejercicio de la religión.

Se llega a la misma conclusión en presencia de la Directiva 1300.6 del Departamento de Defensa (en adelante DOD), que establece las normas generales para los tres ejércitos en orden al tratamiento de la objeción sobrevenida en las Fuerzas Armadas(195), y de la jurisprudencia que se ha pronunciado sobre la naturaleza de la objeción sobrevenida(196). Sin embargo, ¿cómo deberá entenderse los términos normativos de la DOD, que admiten la objeción militar sobrevenida "en la medida en que sea practicable y equitativa"? ¿Hasta qué punto pueden los Secretarios de Defensa ejercitar en esta materia la discrecionalidad administrativa? (como más adelante se verá, la revisión judicial de la objeción sobrevenida es limitadísima).

(195) *A. No vested rights exists for any individual to be discharged from military service at his own request before the expiration of his term of service, whether he is serving voluntarily or involuntarily. Administrative discharge prior to the completion of his term of service is discretionary with the service concerned, based on judgement of the facts and circumstances in the case.*

B. The fact of conscientious objection does not exempt men from the draft; however, the Congress has deemed it more essential to respect a man's religious beliefs than to force him to serve in the Army Forces, and accordingly has recognized bona fide religious objection to participation in war ... Consistent with this national policy, bona fide conscientious objection by persons who are members of the Armed Forces will be recognized to the extent practicable and equitable. Department of Defense Directive 1300.6 Part III (Aug. 21, 1962).

(196) *U.S. v. Fleming*, 344 F.2d 912 (10th Cir. 1965); *Boudizen v. U.S.*, 251 F.2d 728 (10th Cir. 1958), *certiorari denied*, 356 U.S. 927; *Van Bibber v. U.S.*, 151 F.2d 444 (8th Cir. 1945); *U.S. v. Henderson*, 180 F.2d 711 (7th Cir. 1950), *certiorari denied*, 339 U.S. 963.

Aunque la reclamación de un *in-service conscientious objector* no encuentra un apoyo explícito en la Constitución o en la normativa del congreso sobre objeción de conciencia (en esencia, la sección 456(j) de la *Universal Military Training and Service Act*), no obstante podría hablarse de la existencia de un derecho al menos indirectamente originado en la normativa administrativa militar, que da cumplimiento a la tradición legislativa norteamericana de respeto a la conciencia individual y que, al menos, tiene de alguna forma implicaciones constitucionales radicadas en la Primera Enmienda. Lejos de ser un "privilegio" no reglado, que se concederá según voluntad del Departamento de Defensa, el interés del objetor *bona fide* ocupa un lugar de importancia en la escala de derechos, y las Cortes pueden reconocerlo como tal(197). Hay otras razones técnicas que abogan por esta postura: de una parte, el paralelismo que la DOD establece entre el SSS civil y la concesión en el ámbito de las Fuerzas Armadas(198); de otra, que la estricta división objeción de conciencia (con posibilidades de concesión según la ley)-objeción sobrevenida (abandonada a la discrecionalidad), atentaría contra la *Equal Protection Clause* de la Constitución(199).

4.2. El proceso administrativo para la concesión.

Aunque los tres ejércitos poseen regulación específica sobre la objeción sobrevenida, fijaremos nuestra atención en la *Army Regulation 635-20* de 1 de mayo de 1967(200).

(197) Cfr. Robert E. Montgomery, *God, the Army and Judicial Review: The In-Service Conscientious Objector*, 56 Calif.L.Rev. 379, 404 (1968).

(198) Las clasificaciones I-0 y I-A-O son aceptadas por la DOD como apropiadas en los casos de declaración de objeción sobrevenida; para los objetores sobrevenidos con menos de dos años de servicio activo, se exige el parecer consultivo del SSS en las clasificaciones I-O.

(199) Cfr. Robert E. Montgomery, *God, the Army and Judicial Review: The In-Service Conscientious Objector*, 56 Calif.L.Rev. 379, 402 (1968).

(200) Aunque la regulación ha podido sufrir diversas modificaciones, sirva de base para conocer el procedimiento.

El reclamante debe elevar una solicitud escrita (*Form 1049*) para el *status* de objetor (en servicio civil o en servicio militar no armado) a su oficial inmediato. Deberá incorporar a la solicitud ciertos datos y declaraciones específicos en forma de contestación a un detallado cuestionario, cuyas subdivisiones principales son "información general", "Creencia y formación religiosa", "participación en organizaciones" (militares y religiosas) y "referencias" (nombres de personas que pueden testificar sobre la objeción del candidato). Puede también añadir la información adicional que estime oportuna para avalar su petición. Recibida formalmente ésta, el oficial se entrevistará con el reclamante personalmente. Después, dicho oficial concertará una entrevista del candidato con un capellán del ejército (que informará posteriormente sobre su entrevista, acerca de la sinceridad y carácter de la creencia del objetor) y con un psiquiatra (que informará de la presencia de cualquier enfermedad mental que exija tratamiento o reconducción del problema por cauces médicos).

La solicitud, junto con los informes y el parecer del oficial inmediato se eleva por conducto reglamentario(201) hasta el *Adjutant General* en Washington, D.C. Pendiente la decisión, el solicitante debe permanecer en su unidad y se le asignan cometidos que, en la medida de lo posible, no entren en conflicto con sus creencias o ideas.

Una vez que ha llegado la solicitud a la oficina del *Adjutant General*, se solicita el parecer consultivo del Director del SSS(202). La opinión del Director nacional del SSS no condiciona en modo alguno la decisión del ejecutivo militar.

Finalmente, el solicitante recibe notificación escrita de la resolución tomada;

(201) El oficial inmediato razona su parecer sobre el particular; el resto de miembros de la cadena de mando se limita a dar su opinión favorable o desfavorable. *Army Reg. 635-20 4(e)*.

(202) Esta consulta es preceptiva sólo en el caso de que el objetor lleve menos de dos años de servicio activo: *Army Reg. 635-20 C(3)*.

en caso de que esta sea negativa, no es preciso que sea razonada(203). La resolución es firme y no cabe recurso administrativo de revisión o alzada(204).

4.3. Revisión judicial de las resoluciones administrativas.

El cauce procedimental para acudir a los tribunales civiles es el *writ* de *habeas corpus*(205). Los argumentos para recurrir las decisiones adoptadas son fundamentalmente seis.

Primero, la alegación de *irresonable denial*. Es decir, se ha adoptado una resolución al margen de la prueba aportada por el objetor. En segundo lugar, la denegación arbitraria: la resolución se ha tomado sin *basis in fact*, sin ningún fundamento en pruebas, al margen de ellas. Esta argumentación goza de un doble favor: no exige del tribunal civil entrar a examinar si el organismo militar ha revisado la prueba adecuadamente, y viene de alguna forma sustentada por el fallo de la Corte Suprema en *Dickinson v. United States*(206). Tercero, alegar *discriminatory*

(203) Véase, por ejemplo, la notificación que figura en la sentencia *Brown v. McNamara*, 263 F.Supp. at 690 (D.N.J.1967).

(204) Sin embargo, cabe reintroducir solicitud en virtud de la aparición de pruebas adicionales no presentadas con anterioridad y no idénticas sustancialmente a las aportadas a la solicitud primera. Cfr. *Letter from Major General Kenneth G. Wickham, The Adjutant General of the Army, to Robert E. Montgomery, Jr., Dec. 7 1967*, 56 Calif.L.Rev. 408 (1968).

(205) Aunque la incorporación a filas no puede considerarse *punishment*, crea una situación de control ó custodia que habilita al incorporado a invocar el *writ* de *habeas corpus* (cfr. *Wright v. Ingold*, 445 F.2d 109, C.A.III.1971); el *writ* de *habeas corpus* puede considerarse el procedimiento adecuado para cuestionar la legalidad de la incorporación o alistamiento en el servicio militar, pero el recibo de la *induction notice* no puede considerarse suficiente custodia (entiéndase como privación de libertad) para avalar la petición a la Corte para este recurso (cfr. *McDowell v. Sacramento Local Bd. Group, Boards 21, 22 and 23, Selective Service System*, 264 F.Supp. 492, D.C.Cal.1967).

(206) *Dismissal of the claim solely on the basis of suspicion or speculation is both contrary to the spirit of the (Selective Service) Act and foreign to our concepts of justice. Dickinson v. United States*, 346 U.S. at 397 (1953).

denial: la resolución se ha tomado con fundamento en los hechos, pero se ha tenido en cuenta el hecho negativo o negatorio de la concesión, siendo así que los informes recogen otras pruebas que el órgano decisor no considera. Este modo de recurrir fue de alguna forma tenido en cuenta en la decisión *Gilliam v. Reaves*(207). Cuarto, presentar una denegación del *Due Process of Law*: es decir, dirigirse contra el procedimiento, que carece de comparecencia del interesado, prueba en contrario o *cross-examination* de los testigos aportados(208). Quinto, alegar la infracción de la *Equal Protection Clause*: no se ofrece un procedimiento fielmente paralelo para la objeción de conciencia en el ámbito civil y el militar. Esta alegación arroja dudas sobre su éxito: el *status* militar modula los derechos y libertades restrictivamente. Y sexto, mostrar que el procedimiento se aparta de modo sustancial de la reglamentación establecida por el Departamento de Defensa, con la consiguiente denegación del proceso debido.

Este espectro de alegaciones debe pasar por el tamiz de la tradicional *Nonreviewability Doctrine*, consagrada por el Tribunal Supremo en *Orloff v. Willoughby*(209), con resonancias en otros campos de objeción de conciencia (la *judicial deference to military* presente en *Goldman v. Weinberger*(210)). Analizaré por ello dos sentencias de los años sesenta que manifiestan la postura judicial abstencionista ante las decisiones de las Fuerzas Armadas(211).

(207) *Gilliam v. Reaves*, 263 F.Supp. 378 (W.D.La.1966).

(208) La Corte Suprema acogió, al menos, la aplicabilidad del *Due Process of Law* a las cortes militares en *Burns v. Wilson*, 346 U.S. 137 (1953).

(209) *The military constitutes specialized community governed by a separate discipline from that of the civilian. Orderly government requires that the judiciary be as scrupulous not to interfere with legitimate Army matters as the Army must be scrupulous not to intervene in judicial matters. Orloff v. Willoughby*, 345 U.S. 83, at 93-94 (1953).

(210) *Goldman v. Weinberger*, 475 U.S. 503 (1986). Vid. capítulo V, 3.

(211) Compatibilícese los ejemplos críticos que a continuación se exponen con otras sentencias donde sí se procede a la revisión judicial de la resolución administrativa denegatoria: *Talford v. Seaman*, 306 F.Supp. 941 (D.C.Md.1969), *Cox v. Wedemeyer*, 192 F.2d 920 (C.A.Cal.1951), *McKenney v. Irzyk*, 317 F.Supp. 1051 (D.C.Mass.1970).

El soldado voluntario David Brown, destinado en Fort Dix (New Jersey), deviene objetor de conciencia durante su entrada en el servicio militar. Habiendo completado dos meses de instrucción, su creencia religiosa "cristaliza" de modo que se considera moralmente incapaz de servir como soldado en el ejército de tierra de los EUA. Por ello, se niega a continuar con la instrucción de combate y solicita la baja como objetor de conciencia. El *Adjutant General* denegó la petición, y se ordena a Brown tomar su equipo de combate e iniciar el entrenamiento. Al negarse, se le procesa ante una corte militar, pero se suspende la ejecución de la sentencia condenatoria. Continúa con su conducta desobediente, con lo que se levanta la suspensión de la condena y es conducido a calabozo por un período de 3 meses. Brown solicita *habeas corpus* a la Corte Federal de Distrito(212) para la revisión judicial civil de la sentencia militar, alegando la existencia de fundamentos que le amparan para la protección judicial. Entre ellos, defiende: que la resolución administrativa es incorrecta y infringe la adecuada aplicación de las regulaciones; que la denegación de su solicitud infringe el derecho al procedimiento debido, y la *Equal Protection Clause* al carecer de la audiencia de que gozan los solicitantes de *status* de objeción de conciencia que aún no han ingresado en las Fuerzas Armadas. La Corte de Distrito inicialmente pone gran atención sobre los argumentos de inconstitucionalidad contra la estructura administrativa reguladora de la objeción sobrevenida, pero estima que los beneficios derivados de la revisión judicial de la resolución militar por un juez civil son menores que los gravámenes que podrían causarse al ejecutivo militar. Por consiguiente, la Corte se niega a aceptar la jurisdicción sobre el caso(213). Brown entonces recurre la decisión al Tercer Circuito(214). El ponente de la sentencia, J. Van Dusen, inicia la misma sosteniendo que la estructura administrativa carece de fallas de inconstitucionalidad. Aun reconociendo que las resoluciones administrativas militares sobre objeción de conciencia sobrevenida son revisables en la jurisdicción federal civil en virtud del

(212) *Brown v. McNamara*, 263 F.Supp. 686 (D.N.J.1967).

(213) 263 F.Supp. at 693.

(214) *Brown v. McNamara*, 387 F.2d 150 (3rd Cir. 1967).

criterio de *basis in fact*, se abstiene el ponente de indicar cuál o cuáles son los criterios para que esa revisión se lleve a término; para la Corte de Apelación, no hay en el supuesto una manifiesta injusticia que justifique la intervención judicial(215).

Félix Chavez, Jr. ingresó como voluntario en el ejército de tierra. Naturalmente, no era objetor de conciencia al tiempo de su incorporación, pero su conversión a los Testigos de Jehová le lleva a concluir que no puede moralmente realizar entrenamiento alguno para la guerra, saludar a un superior o participar en las tareas militares. Negándose, por tanto, a obedecer órdenes de sus superiores, es juzgado en consejo de guerra y condenado a seis meses de encarcelamiento. Cumplida la condena, Chavez eleva una petición de baja como objetor de conciencia, y el mismo día de elevar dicha solicitud incurre de nuevo en desobediencia, por lo que es de nuevo condenado a seis meses de calabozo. Se le denegó su petición de objeción de conciencia mientras cumplía condena militar. Al salir del calabozo, una nueva desobediencia la conduce a la situación anterior de prisión. De los quince meses que llevaba cuando se dirige a los tribunales civiles, doce los había pasado en el calabozo. Solicita de la Corte Federal de Distrito el reconocimiento de su *status* legal de objetor (*declaratory relief*) y la prohibición judicial de nuevas acciones disciplinarias contra él (*injunction*). El argumento sustantivo principal: la solicitud de baja le ha sido denegada sin justificación o fundamento legal. La Corte, sin embargo, deniega la petición de *habeas corpus*, sin entrar apenas en el fondo del recurso, siguiendo en la línea más ortodoxa la regla asentada en la decisión *Willoughby*(216).

(215) Ibid. at 154.

(216) *This Court believes that it is without jurisdiction to entertain such a matter. The reason is quite simple; the courts should and must stay out of the business of running military affairs. This is the lesson of Orloff v. Willoughby. Chavez v. Ferguson*, 266 F.Supp. 879 at 881 (N.D.Cal.1967).

5. Decisiones de la Corte Suprema Norteamericana sobre objeciones conexas con la militar.

La intención inicial de este apartado de la memoria (aportar una visión distinta de la que se ha adoptado hasta ahora sobre la objeción de conciencia militar sobre los EUA) no debe ser una ruptura con el sistema "tradicional" de estudio de la misma. En efecto, atenernos a las aportaciones del sistema norteamericano en su vertiente de *case law* aconseja abarcar todo aquello que guarde relación con la objeción de conciencia, ya que —en no pocas ocasiones— los fundamentos doctrinales —incluidos los *obiter dicta*, opiniones concurrentes y votos particulares— arrojan nuevas luces sobre el entendimiento del rechazo de la norma por motivos de conciencia.

Se habla de objeción relativa⁽²¹⁷⁾ por cuanto el supuesto que plantean los siguientes casos no es tanto la prestación del servicio militar (que, además, en alguno de los supuestos que se exponen, es imposible) como el compromiso de futuro de aceptar individualmente la defensa armada del país o el estado, siendo este *compromiso condición para obtener del gobierno unos beneficios*. La norma jurídica, por tanto, establece unas condiciones para la consecuencia jurídica, pero entre esas condiciones existe una que el objetor "militar" no cumple, o no está dispuesto a cumplir. Ese enfrentamiento conciencia-norma, alcanza su posible protección jurídica en la Primera Enmienda constitucional. Por tanto, este conjunto de supuestos se sustrae de algún modo de una reglamentación legal de la objeción militar, para incardinarse en el debate judicial de la *Free Exercise Clause*.

5.1. Convicciones pacifistas y leyes de nacionalización.

Transcurridos ya unos diez años desde la terminación de la Primera Guerra Mundial, el Tribunal Supremo de los EUA se enfrentó con el problema de la presunta

(217) Cfr. Javier Martínez Torrón, *La objeción de conciencia en la jurisprudencia del Tribunal Supremo Norteamericano*, Anuario de Derecho Eclesiástico, vol. I, 1985, págs. 418-428.

existencia de un derecho a la reserva de conciencia contra el servicio militar en el juramento de sumisión que se pide a los extranjeros que solicitan la naturalización. La *Naturalization Act* de 1906 exigía que el solicitante de ciudadanía americana declarara bajo juramento que estaría dispuesto a sostener y defender la constitución y las leyes de los Estados Unidos contra todo enemigo, interno o externo(218).

En 1927, Rosika Schwimmer, nacida en Hungría, de 49 años de edad, pacifista declarada y residente en Illinois, comparece ante la *Federal District Court* para obtener la ciudadanía norteamericana. En una de las preguntas del cuestionario que se le entrega, la número 22, se le pregunta que si estaría dispuesta en caso de necesidad a tomar las armas en defensa del país. Necesario es aclarar que esta pregunta había sido introducida en los cuestionarios poco después de la Primera Guerra Mundial por el *Naturalization Service*, pero que no existía una específica autorización del legislativo sobre el particular(219). Schwimmer está dispuesta a prestar el juramento de lealtad sin reservas, pero al contestar a esta pregunta del cuestionario, señala ser pacifista incondicional, no tener sentimientos nacionalistas y que por ello no podría defender a nadie con las armas, al margen de si las mujeres están o no obligadas a ello por las leyes de EUA. También indica unas creencias religiosas ciertamente abstractas, que nos podrían resultar familiares respecto de las del caso *Seeger*(220). Debido a su negativa a contestar afirmativamente a la pregunta que se formulaba, la Corte de Distrito deniega su petición de ciudadanía. La Corte de Apelación, séptimo circuito, falla en favor de la peticionaria y el caso termina ante la Corte Suprema, en *writ of certiorari*(221). El magistrado Butler es ponente de la decisión que, por seis votos contra tres, rechaza definitivamente la

(218) *Act of 28 June 1906, Ch.3592, 34 Stat. 596, 598 (1906)*.

(219) Cfr. Robert T. Miller y Ronald B. Flowers, *Toward Benevolent Neutrality: Church, State and the Supreme Court* (3rd Ed.), Markham Press Fund of Baylor University (1987), pág. 105.

(220) Cfr. 279 U.S. at 648.

(221) *United States v. Schwimmer*, 279 U.S. 644 (1929). Con un supuesto muy parecido, y similar resultado, *United States v. Bland*, 283 U.S. 636 (1931)

solicitud de Madame Schwimmer. Butler sostiene que todos los ciudadanos de los EUA tienen la obligación de prestar lealtad al estado. La obtención del beneficio supone el cumplimiento de unas cargas o requisitos, especificados por la ley. Al negarse a defender a la Nación por medio de las armas, siendo un deber hacia el país hacerlo, o al expresar opiniones contrarias hacia este deber se podría influenciar a otros ciudadanos para negarse a prestar el deber, y la seguridad del país estaría amenazada. Los motivos de conciencia religiosos no se abordan en la decisión, en la medida en que la solicitante no alude a ellos (o, al menos, la filosofía cósmica a la que alude no puede asimilarse a la religión; para ello hubo que esperar a 1965). El peligro de esa expansión pacifista en la población —más que el hecho en sí de si Schwimmer defendería su nuevo país por las armas— decide el fallo negativo. La alegación, más bien implícita, de Madame Schwimmer de establecer un tratamiento paralelo de su caso con la objeción militar no encuentra eco.

El magistrado Holmes disiente del parecer mayoritario, junto con Brandeis. Argumenta que, en la práctica, la solicitante no podría defender la Nación por las armas, tanto por su edad, como por ser mujer. Aunque Holmes se manifiesta en personal desacuerdo con el optimismo pacifista de la solicitante, sin embargo hace una defensa apasionada de la "libertad de pensamiento de los demás en aquello que nosotros detestamos" y compara la filosofía de Schwimmer con las creencias cuáqueras, indicando que no podría argumentarse válidamente que los cuáqueros no han participado positivamente en el desarrollo del país, y además muchos ciudadanos norteamericanos están plenamente de acuerdo con el pensamiento de Rosika Schwimmer, y no se les expulsa del país por el hecho de creer con más intensidad que nosotros en las enseñanzas del Sermón de la Montaña(222).

Dos años más tarde, la Corte Suprema tuvo nueva oportunidad de interpretar la *Naturalization Act* en un caso más relacionado con la libertad religiosa. Douglas C. Macintosh, baptista, profesor en la *Yale Divinity School* y capellán del ejército canadiense en la Primera Guerra Mundial, ve denegada su petición de naturalización

(222) 279 U.S. at 655.

porque se negó a declarar acerca de su disposición de luchar en una guerra en la que norteamérica se viera envuelta. En su lugar, declaró estar dispuesto sólo a intervenir en las guerras que él considerase justificadas moralmente. La Corte Suprema, en una decisión más igualada (cinco votos contra cuatro) reafirmó el fallo del caso *Schwimmer*(223). Aunque la cuestión principal se centró en la interpretación de la *Naturalization Act*, el magistrado Sutherland, ponente de la sentencia, deja claro que las exenciones a los objetores militares no son derechos constitucionales. Esta vez será el Presidente de la Corte, Hughes, quien redacte un enérgico *dissenting* que suscribirán Holmes, Brandeis y Stone. Para estos magistrados, el problema no es si el Congreso puede condicionar la concesión de nacionalidad al compromiso de defensa armada, sino más bien si realmente lo exige.

Un año después de decidirse el caso *Summers*(el estrecho margen de triunfo de aquella sentencia presagiaba un giro doctrinal en la materia), la Corte reelabora su doctrina sobre naturalizaciones en *Girouard v. United States*(224). Girouard, canadiense, Adventista del Séptimo Día, pretende obtener la nacionalidad americana. En la petición de naturalización, manifiesta que estaría dispuesto a servir en el ejército en una guerra futura, pero que sólo lo haría —así lo exige su conciencia— en funciones que no supongan el manejo de armas. La Corte Federal de Distrito de Massachusetts no deniega por este motivo la ciudadanía a Girouard, pero la Corte de Apelación falla contra la decisión de la Corte de Distrito, en virtud de los precedentes *Schwimmer* y *Macintosh*. El supuesto se termina planteando en recurso de *writ of certiorari* ante la Corte Suprema, que por una mayoría de cinco votos falla en favor de Girouard. En concreto, el Tribunal estima —a través del ponente, el magistrado Douglas— que en ausencia de una explícita disposición de la norma, no puede entenderse que el Congreso haya establecido como condición de la naturalización el estar dispuesto a portar armas. El juramento requerido no exige explícitamente esto. Portar armas no es el único medio por el que se pueden mantener y defender las instituciones. Aunque la sentencia se centra en la interpretación estricta de la ley (para

(223) *United States v. Macintosh*, 283 U.S. 605 (1931).

(224) *Girouard v. United States*, 328 U.S. 61 (1946).

denegar la naturalización a los extranjeros por motivos de objeción de conciencia se precisa una clara disposición legal) y no se acude a un marco constitucional más amplio (*free exercise clause*) como criterio interpretativo, el ponente no deja de resaltar la tradición histórica legislativa de respecto a la conciencia individual(225).

5.2. Otros supuestos.

Aunque los casos *Schwimmer* y *Macintosh* fueron duramente criticados, permanecieron como doctrina jurisprudencial firme durante quince años. Y, en concreto, tienen su reflejo en otra importante decisión del Alto Tribunal Federal: *Hamilton v. Regents of the University of California*(226). Varios jóvenes pertenecientes a la *Methodist Episcopal Church* son expulsados de la Universidad al negarse a tomar parte en un curso de ciencia y tácticas militares del ROTC (*Reserve Officers Training Corps*), obligatorio en el plan de estudios y, por decisión de la Junta de la Universidad, condición de admisión en la misma. El ponente, magistrado Butler, considera que la expulsión no infringe la Decimocuarta Enmienda, y añade que la existencia de unos deberes recíprocos de defensa y protección entre el Estado y sus ciudadanos abogan por esta conclusión; sólo una lesión directa de la libertad religiosa reclama la inconstitucionalidad de la actuación oficial. Los demandantes alegaban la aplicabilidad de la Primera Enmienda a una actuación estatal, vía Decimocuarta

(225) *The struggle for religious liberty has through the centuries been an effort to accommodate the demands of the State to the conscience of the individual. The victory for the freedom of thought recorded in our Bill of Rights recognizes that in the domain of conscience there is a moral power higher than the State.* 328 U.S. at 68. La ambigüedad legal en materia de naturalización fue solucionada en 1952, año en que la *Naturalization Act* estableció la posibilidad de que un objetor de conciencia a las armas obtuviera la nacionalidad (*Immigration and Nationality Act*, 66 Stat 258 (1952)). Sin embargo, la ley en mi opinión es restrictiva: sólo beneficia el "supuesto Girouard", pero no futuros o hipotéticos casos como Seeger (objeción de conciencia no religiosa -según el sentido legal tradicional- a la lucha armada y a la integración en el ejército). Cfr. Robert T. Miller y Ronald B. Flowers, *Toward Benevolent Neutrality: Church, State and the Supreme Court* (3rd Ed.), Markham Press Fund of Baylor University (1987), pág. 107.

(226) *Hamilton v. Regents of the University of California*, 293 U.S. 245 (1934).

Enmienda (doctrina de la incorporación); como es sabido, esta alegación sólo obtuvo, por el momento, la acogida del voto particular de B. Cardozo, si bien este juez restringe la exención legal a favor de los objetores a lesiones directas sobre la conciencia religiosa(227).

En 1945, de nuevo los casos *Schwimmer* y *Macintosh* son empleados como precedentes sólidos en la sentencia *In re Summers*(228). Clyde W. Summers, objetor de conciencia y profesor de la *Yale Law School*, solicitó autorización para ejercer la abogacía en el estado de Illinois. La Corte Suprema de dicho estado desestima dicha solicitud. Aunque el solicitante estaba dispuesto a prestar juramento de lealtad a la Constitución de Illinois, el *Committee on Character and Fitness* decide que no preste dicho juramento, por sus ideas pacifistas y su negativa a prestar el servicio militar. En la Corte Suprema Federal se ratifica la decisión estatal en virtud de los argumentos del ponente de la sentencia, magistrado Reed: no se trata de inhabilitación por razones religiosas, sino por la radical negativa a colaborar en la guerra. No comparte, desde luego, esta opinión el magistrado Black quien, en su *dissenting opinion*, suscrita por Douglas, Murphy y Rutledge, centra la cuestión en la discriminación al descalificar para un oficio por razones religiosas(229).

(227) *Ibid.* at 268.

(228) *In re Summers*, 325 U.S. 561 (1945).

(229) *Under our constitution men are punished for what they do or fail to do and not for what they think and believe. Freedom to think, and to worship, has too exalted a position in our country to be penalized on such an illusory basis.* *Ibid.* at 578.

III. OBJECION FISCAL

1. Introducción. Formas de objeción fiscal.

Se entiende por objeción fiscal la omisión, en virtud de unos motivos de conciencia contra determinadas actuaciones del Estado, del deber legal de pagar impuestos, en la medida en que éstos van destinados a financiar esas actuaciones.

De entrada, es preciso distinguir, en torno a la objeción fiscal, dos momentos distintos en el tratamiento de la cuestión. Un primer momento que podría denominarse político, hace referencia a las reivindicaciones de determinados sectores sociales que piden soluciones normativas a una demanda de contribución al gasto público que evite la financiación de gastos militares y de defensa. La objeción fiscal así considerada se convierte en instrumento al servicio de otros fines; de alguna manera, deviene herramienta de la desobediencia civil. El segundo momento hace referencia al choque entre la conciencia individual y la norma jurídica, resistiéndose la primera a someterse a la segunda, en virtud de un mandato de rango superior al que la norma jurídica representa. Y, dentro de ella, al menos en Estados Unidos, cabe diferenciar dos componentes de la conducta del objetor: uno, referente a la conciencia

individual, que considera el impuesto como cooperación indirecta a una actuación inmoral; y otro, de contestación general a esa actuación inmoral del Estado.

Ambas dimensiones están estrechamente vinculadas y, sin embargo, ofrece un interés predominantemente jurídico la segunda. Se propone al ordenamiento determinar si una conducta omisiva, e incluso antijurídica, puede llegar a obtener una protección a partir de la libertad de conciencia(1).

Desde antes del nacimiento de los Estados Unidos de América como república, algunos objetores de conciencia se negaron a pagar sus impuestos en la medida en que estos iban dirigidos en parte a la financiación del ejército. La tribu india Algonquin se opuso a la imposición tributaria de los colonos holandeses para reforzar un acuartelamiento. En el siglo XIX, Henry David Thoreau fue encarcelado por negarse a pagar sus impuestos, durante la guerra contra Méjico. En contraste con la relativa indiferencia que la objeción fiscal produce en el periodo de entreguerras, la Guerra de Vietnam supuso en los Estados Unidos el renacimiento de la objeción fiscal como un fruto más de la disensión que aquel conflicto bélico causó en la sociedad americana (unos 500.000 objetores contra los impuestos federales telefónicos, y 20.000 aproximadamente contra otras clases de impuestos). En 1988, el *Internal Revenue Service* demandó ante los tribunales a una confesión religiosa que se negaba a colaborar en la exacción tributaria en vía ejecutiva de un empleado de esa confesión. En diciembre de 1991, Randy Kehler, de Colrain (Massachusetts) es desalojado de su casa en virtud de un embargo judicial, que se ejecutó para el pago de las deficiencias tributarias de este objetor fiscal...(2)

(1) Insisten en la importancia de la objeción fiscal como rechazo por motivos de conciencia del individuo Kent Greenawalt, *Conflicts of Law and Morality*, Oxford University Press (1987), pág. 330; Kathy Levine y Vicki Metcalf Ed., *War Tax Manual For Counselors and Lawyers*, War Tax Resistance Coordinating Committee, 1985, V-1-1.

(2) Cfr. J. Andrew Hoerner, *Render Unto Caesar? Confrontation Looms Over Religious Tax Resistors*, Tax Notes, March 6, 1989 pp. 1169 y ss.; *Welcome to the Alternative Revenue Service*, National War Tax Resistance Coordinating Committee, noviembre de 1991; Charles Di Salvo, *Saying "No" to War in the Technological Age -Conscientious Objection and the World Peace Tax Fund Act*, 31 DePaul L.Rev. 497, 498-507 (1982).

Estos hechos nos hablan de un fenómeno arraigado en los Estados Unidos, unido en la mayoría de los casos a convicciones religiosas, aunque también a ideas filosóficas de carácter pacifista emparentadas con ideales cristianos.

Como se verá, la objeción fiscal en los Estados Unidos reviste como forma principal aquella que se fundamenta en las convicciones pacifistas (dirigida contra el ejército en general, contra alguna guerra en particular o contra los presupuestos federales que sufragan inversiones en armamentos e investigación nuclear con fines bélicos, etc.). Moralmente, se rechazan los impuestos por cuanto suponen una cooperación a la violencia. Y dada esta raíz pacifista de la objeción, no es de extrañar que se considere, a efectos terminológicos y de naturaleza jurídica, muy unida con la objeción de conciencia militar.

No obstante, la doctrina no descartó la aparición de otras formas de objeción fiscal motivadas por actividades gubernamentales que también resultan conflictivas en el entendimiento de los derechos de la persona (pena de muerte y aborto⁽³⁾; respecto de esta última, tendré ocasión de analizar algunos supuestos en un apartado propio).

Los principales métodos de *war tax resistance* empleados en los impuestos federales pueden resumirse en los siguientes: reducción de la base imponible a cifras inferiores en la declaración del impuesto sobre la renta, reclamación de una deducción por gastos de guerra en la declaración o incluso hacer figurar esa reclamación como deducción que se realiza respecto de la deuda tributaria y que se deja de pagar, entrega de declaraciones de la renta en blanco, impago de los impuestos federales sobre el servicio telefónico (este impuesto fue creado primordialmente para obtención de fondos destinados a gastos militares), y elusión del sistema recaudatorio de

(3) Cfr. David D. Cook, *War Tax Refusal Under the Free Exercise Clause*, Wis.L.Rev. 753, 779 (1980). Kent Greenawalt, *Conflicts of Law and Morality*, Oxford University Press (1987), pág. 330.

retenciones en el salario(4).

2. Objeción fiscal por motivos pacifistas.

2.1. Movimientos de objetores.

El fenómeno de la objeción fiscal por motivos pacifistas como conducta defendida oficialmente por un buen grupo de confesiones religiosas es relativamente nuevo. Con anterioridad a 1980, la objeción fiscal se reducía a pocas iglesias. A partir de 1983, tanto los grupos religiosos históricamente pacifistas (los cuáqueros(5), a través de las tres principales organizaciones que los cohesionan —*Friends General Conference*, con más de 35.000 miembros, *Friends United Meeting*, con más de 65.000 y *Evangelical Friends Alliance*, con más de 35.000

(4) Cfr. Peacemakers' Movement, *Handbook of Nonpayment of War Taxes*, 1971; Cynthia A Gray, *The World Peace Tax Fund Act: Conscientious Objection for Taxpayers*, 74 Nw.U.L.Rev. 76, 77 (1979). Sobre la retención en el salario y los métodos recomendados por las organizaciones de objetores, cfr. *Controlling Federal Tax Withholding*, artículo divulgativo de una serie denominada *Practical War Tax Resistance*, publicada por el National War Tax Resistance Committee; Kathy Levine y Vicki Metcalf Ed., *War Tax Manual For Counselors and Lawyers*, War Tax Resistance Coordinating Committee, 1985, capítulo IV: *Tax Withholding and W-4 Resistance*.

(5) El movimiento cuáquero surge en el siglo XVII en América e Inglaterra, en este último país durante la *Puritan Commonwealth* bajo el gobierno de Oliver Cromwell, manifestando una intensificación de las formas espiritualistas y radicales del puritanismo. De los dogmas y preceptos morales de esta confesión, surgen como principios fundamentales de la convivencia la honestidad y sencillez de vida, la justicia y la no violencia. Los primeros valores morales de los cuáqueros son parte del entendimiento del hombre como la tensión interna entre la verdad y el orgullo humano. Omiten el uso de tratamientos de deferencia (usted, ustedes), consideran inmoral el empleo de juramentos para reforzar la verdad de una afirmación, rechazaron el "impuesto" de los diezmos en favor de las iglesias oficiales; sus mismo modo de vestir y hablar ofrecía un testimonio de creencias radicales. Hugh Barbour, *Quakers*, 12 The Encyclopedia of Religion 129 y ss.

miembros— los Menonitas(6) y la *Church of the Brethren*(7)) como otras confesiones, han adoptado posiciones oficiales en las que o bien se recomienda como moralmente recta la objeción fiscal o bien se abandona al juicio de la conciencia individual la conveniencia o no de pagar impuestos, en la medida en que con ellos se sufraga una política belicista.

Las mismas posturas, o similares, han sido defendidas por grupos pacifistas no estrictamente religiosos. Fundamentalmente el *National Council for a World Peace Tax Fund* y el *Central Committee for Conscientious Objection*. La *National Campaign for a Peace Tax Fund* agrupa en nuestros días un amplio espectro de confesiones religiosas y movimientos de objeción fiscal por motivos pacifistas: unas 34 organizaciones distintas.

Adelantábamos antes algo sobre la protección de la objeción de conciencia en los Estados Unidos. Decíamos que la concreta forma de objeción de conciencia militar obtiene su amparo de una exención *ad hoc*, revocable, del Congreso de los Estados Unidos. Esto hace que la objeción de conciencia militar tenga una situación precaria, por cuanto ese privilegio puede ser derogado en cualquier momento. Así las cosas, el destino de la protección legal de la objeción de conciencia fiscal por motivos

(6) Los menonitas son una confesión cristiana iniciada por Menno Simons (1496-1561), que descende directamente de los anabaptistas del siglo XVI. Fuertemente perseguidos en Europa durante los siglos XVI y XVII (salvo en Holanda, que los toleró aproximadamente en 1570), algunos de ellos emigraron desde Suiza a los Estados Unidos. El primer asentamiento menonita en el nuevo continente se produjo en Filadelfia, el año 1693. Consideran la paz, e incluso el pacifismo absoluto, parte integrante del Evangelio y del pleno seguimiento de Cristo. Cfr. Cornelius J. Dyck, *Mennonites*, 9 *The Encyclopedia of Religion* 376-377.

(7) *Church of the Brethren* es la denominación comúnmente empleada desde 1908 para referirse a los baptistas alemanes, que en el bautismo practican tres inmersiones distintas, en el nombre de las tres Personas de la Trinidad. Huyendo de la persecución en Europa, emigran en masa a América, y se asientan en Pensilvania, Virginia y medio oeste de la Unión. Esta confesión baptista ha destacado desde siempre por su congruente testimonio en favor de la paz y contra el servicio militar. Cfr. Edwin S. Gaustad, *Baptist Churches*, 2 *The Encyclopedia of Religion* 65-66.

pacifistas podría ser o bien el de las *free exercise exemptions*, en la medida en que los objetores lo son por motivos religiosos, o bien un régimen análogo al que disfruta la objeción de conciencia al servicio militar. A continuación se analiza el régimen adoptado, a través de la jurisprudencia federal.

2.2. Objeción fiscal por motivos pacifistas en el *case law*.

2.2.1. La objeción fiscal desde una perspectiva meramente secular: *Farmer v. Rountree*.

El primer caso que estudiamos se dió en 1958. Se trata de un recurso ante la Corte Federal de Apelación en su sexto circuito(8), contra una sentencia dictada por una Corte Federal de Distrito.

Fyke Farmer solicitó de los tribunales que se declarara un derecho de exención fiscal de dos tercios de la cantidad total a pagar al fisco en el impuesto sobre la renta. El motivo alegado era que el Congreso y el gobierno federal estaban dedicando esos dos tercios a la financiación de la guerra de Corea, y Farmer considera —no sin una sólida argumentación legal que aporta a los autos— que la política internacional y bélica de los Estados Unidos, desde la II Guerra Mundial, contraviene las leyes internacionales, siendo, por tanto, ilegal y nula(9).

(8) *Farmer v. Rountree*, 252 F.2d 490 (6th Cir. 1958).

(9) Distinto de este supuesto, que bien puede calificarse de objeción fiscal, es el que aparece en la decisión *Swallow v. United States*, 325 F.2d 97 (10th Cir. 1963), cert. denied 84 S.Ct. 1630 (1964). En él, el apelante defiende la inconstitucionalidad de las leyes tributarias sobre la renta, por su complejidad de entendimiento, porque promueven el estado de bienestar en favor de ciertos grupos y naciones extranjeras y porque contiene una exención para entidades religiosas y de beneficencia que infringe la *Establishment Clause*. También ofrece una *fattispecie* diversa de la objeción fiscal la decisión *Crowe v. Comm'r*, 396 F.2d 766 (8th Cir. 1968); en ella, un contribuyente se niega a pagar los impuestos sobre la renta porque encuentra injusto "contribuir al sostenimiento estatal de personas que no realizan serios esfuerzos por mantenerse económicamente". En este caso, más incluso que en *Swallow*, se pone de manifiesto que no puede confundirse la objeción fiscal con un

La Corte de Apelación falla el caso planteado advirtiéndole al objetor que su reclamación implica cuestiones de carácter político, relativas al modo de proceder del gobierno en la consecución de sus relaciones internacionales, materias que la Constitución confía a los poderes ejecutivo y legislativo, y sobre las cuales el poder judicial no tiene asignada competencia. El objetor, por tanto, ha errado —para la Corte— en la elección del foro adecuado donde defender sus pretensiones (10) y confirma, por tanto, el fallo adverso que ya dió la Corte inferior.

La sentencia es "tributaria", de alguna manera, de su momento histórico-jurídico. Aún no se habían activado los mecanismos judiciales que hubieran permitido a Farmer, alegando sus derechos en materia de Primera Enmienda, defender su postura desde posiciones más sólidas. Aun siendo claro el papel del poder judicial en orden a la revisión de la legalidad de la actuación del legislativo y el ejecutivo, no parece que las leyes internacionales constituyan precisamente un arma poderosa que esgrimir para anular una actuación de carácter político. Como veremos, los objetores fiscales también han invocado, en otros casos, tratados y leyes internacionales, pero —tanto para los jueces como para la doctrina— dichas alegaciones carecen de trascendencia frente al propio derecho interno: la *Free Exercise Clause* de la Primera Enmienda del *Bill of Rights* y la *Free Speech Clause* ubicada en la misma enmienda.

2.2.2. Un primer precedente sólido en materia de objeción fiscal: *Muste v. Commisioner*.

El objetor en este supuesto es ministro religioso de la *Presbyterian Church* y

genérico descontento hacia la política del gobierno, en materia de carreteras, salud o bienestar social.

(10) La Corte de Apelación reproduce, además, parte del fallo de la Corte de Distrito, para apuntalar su conclusión: (...) *under the Constitution of the United States, Congress is vested with the exclusive right to levy taxes and to appropriate public revenue for the common defense and general welfare of the country, and to provide for, and maintain the Army and Navy; and that it has the exclusive authority to determine the requirements of national defense or military purposes.* (252 F.2d at 491).

miembro de la *Society of Friends* (cuáqueros). Reconocido pacifista, desde 1916 era miembro activo de la organización denominada *Fellowship of Reconciliation*, opuesta a la participación o preparación de guerras. Hasta 1948, Abraham J. Muste declaró y pagó sus impuestos con toda normalidad, aunque con serio cargo de conciencia al presentir que contribuía de esta forma a la política belicista de los Estados Unidos. Entre 1948 y 1952 recibió de la *Fellowship of Reconciliation* un salario como remuneración sus servicios; a petición del objetor, la organización no realizó retención alguna a los efectos de la imposición sobre la renta. A la par, Muste escribió cartas al *Internal Revenue Service* (en adelante, IRS), indicando que no cumplimentaría su declaración de la renta ni pagaría al fisco, y las razones que le llevaban a ello: la carrera armamentística, la industria bélica atómica, etc.(11). La decisión de dejar de declarar sus ingresos no fue acompañada de ninguna consulta legal a abogados o asesores fiscales. Esto es un dato que destaca la *Tax Court*(12) a los efectos de fijar la responsabilidad en la que incurre el objetor. Por otra parte, este no puso resistencia alguna a las inspecciones fiscales que se realizaron con posterioridad y que originan el pleito(13).

(11) Resulta interesante reproducir algunas de las ideas de Abraham J. Muste que se contienen en las cartas enviadas al IRS: "Un pacifista no puede, en conciencia, hacer bombas atómicas para que otros las usen. Desde hace dos años, he llegado al convencimiento de que no puedo reconocer ni a este ni a cualquier otro gobierno el derecho de imposición tributaria para financiar armas atómicas o de cualquier otro género. (...) Los dos poderes decisivos del Estado respecto a la guerra son el poder de reclutar hombres y el poder tributario. (...) Un pacifista consecuente está en total desacuerdo con el pago de impuestos que van dirigidos directamente a fines bélicos. El mismo razonamiento que le prohíbe a ese pacifista disparar un arma contra un enemigo o que le hace pensar que no está exonerado de culpa si sostiene el arma y la munición de un soldado que dispara contra un hombre, le impide pagar el dinero con el que se compra ese arma y esa munición (35.102 P-H TC 1961, at 35-666). Como puede observarse en la última frase, es el razonamiento de fondo acerca de la equiparación entre la cooperación material a la guerra y la cooperación indirecta-financiera a la misma lo que justifica la objeción fiscal por motivos pacifistas.

(12) Vid. ATL.

(13) *Abraham J. Muste*, 35.102 P-H TC 1961 (Repertorio no oficial, *Prentice-Hall, Inc.*), *Muste v. Commisioner*, 35 TC 913 (1961).

La alegación principal del Abraham J. Muste ante la Corte es bien sencilla: la Constitución de los Estados Unidos garantiza, a través de la Primera Enmienda, la libertad religiosa de los ciudadanos de la Unión, y debe otorgar, por tanto, exención fiscal a aquellos sujetos que se niegan —por motivos de conciencia— a pagar impuestos que se emplean en parte para la guerra o para la preparación de un conflicto bélico real o potencial.

El tribunal inicia lo que constituye propiamente su *opinion* manifestando que no puede derogarse o declararse inconstitucional una ley federal ante una impugnación de la misma. Es más: inicialmente, esa ley goza en el debate de una robusta presunción de validez, especialmente si se trata —como ocurre en este caso— de una ley fiscal, tal como establece la Corte Suprema estadounidense en la decisión *Nicol v. Ames*(14). Y la revisión de la constitucionalidad de la ley se realiza a partir del precedente más cercano a la cuestión (*Murdock v. Pennsylvania*(15)), a falta de

(14) *Nicol v. Ames*, 173 U.S. 509. Esta sentencia establece la siguiente doctrina: *It is always an exceedingly grave and delicate duty to decide upon the constitutionality of an act of the Congress of the United States. The presumption, as has frequently been said, is in favor of the validity of the act, and it is only when the question is free from any reasonable doubt that the court should hold an act of the lawmaking power of the nation to be in violation of the fundamental instrument upon which all the powers of the Government rest. This is particularly true of a revenue act of the Congress. The provisions of such an act should not be lightly or unadvisedly set aside, although if they be plainly antagonistic to the Constitution it is the duty of the court to so declare.* Sentada esa presunción de validez de la norma, se refuerza además la ley fiscal por cuanto sólo si la ley es *plainly antagonistic*, es decir, abiertamente contraria a la Constitución, cabe declarar su nulidad.

(15) *Murdock v. Pennsylvania*, 319 U.S. 105 (1943). En este caso, el Tribunal Supremo invalida la licencia de impuestos municipales en la distribución manual y venta de literatura religiosa de los testigos de Jehová. Cfr. Gloria M. Morán, "La protección jurídica de la libertad religiosa en U.S.A.", Universidad de Santiago de Compostela, 1989, pág. 79. Con anterioridad a *Murdock*, la Corte Suprema sólo había decidido 13 casos en materia de *Free Exercise Clause*, de los cuales únicamente en 3 ocasiones obtuvo juicio favorable el individuo que reclamaba el amparo de su derecho de libre ejercicio de la religión; por otra parte, ninguno de esos casos anteriores trata de la objeción de conciencia fiscal, que es algo distinto de la exención impositiva por actividades religiosas. Cfr. Henri J. Abraham, *Freedom and The Court, Civil Rights and Liberties in the United States*, Oxford University Press, ed.1988, pág. 308-318.

una doctrina jurisprudencial más sólida, que llegaría en los años posteriores. Las consideraciones de la Corte Suprema en *Murdock* que la *Tax Court* considera aplicables al caso pueden sintetizarse en estos argumentos: una cosa es la imposición fiscal sobre la religión *per se*, y otra muy distinta la imposición tributaria sobre propiedades empleadas, rentas obtenidas o bienes de personas en conexión indirecta con las confesiones religiosas. Puede gravarse —continúa la Corte— de modo constitucionalmente legítimo las rentas del trabajo de un ministro religioso, pero no puede gravarse a ese mismo ministro por el simple hecho de predicar o dar un sermón en la iglesia. Por tanto, un impuesto sólo es inconstitucional si restringe **directamente** el libre ejercicio de la religión(16).

El objetor alega que, en orden a la cooperación con la guerra, prácticamente es lo mismo contribuir llevando las armas que contribuir financieramente a que otros las lleven: existiendo esta conexión en el campo moral, y estando protegida legalmente la objeción de conciencia al servicio armado, se sigue en buena lógica que también debe el gobierno reconocer la objeción de conciencia fiscal. Pero el Tribunal federal no acepta la argumentación, por cuanto la exención al servicio militar no constituye en la estructura formal del ordenamiento constitucional estadounidense un derecho derivado de la *free exercise clause* de la Primera Enmienda, sino un privilegio revocable concedido por el Congreso federal. Por tanto, es el Congreso quien podría extender la exención a la objeción de conciencia fiscal, cosa que no ha hecho ni remotamente(17).

(16) "Por tanto, es evidente que la ley tributaria no contradice lo dispuesto en la Primera Enmienda, salvo que directamente restrinja el libre ejercicio de la religión de un individuo. Pensamos que es claro, dentro del propósito legislativo de la Primera Enmienda, que el *Internal Revenue Code* al establecer un impuesto y exigir la declaración tributaria y el pago, no restringe por ello el libre ejercicio de la religión." (35.102 P-H TC 1961 at 668-35).

(17) (...) *It is clear that no man has a constitutional right to be free from a call to military service and that it is only by virtue of acts of Congress that conscientious objectors are exempt in whole or in part from military service. Arver v. United States (Selective Draft Cases) 245 U.S. 366; United States v. Palmer (C.A. 3), 223 F.2d 893, George v. United States (C.A. 9), 196 F.2d 445. It would seem to follow, a fortiori, that the Constitution does not relieve a pacifist or a conscientious objector from the duty to pay taxes, even though they may be used for war or for preparation of defense.* (35.102 P-H TC 1961 at 35-669).

En último lugar, Abraham J. Muste apoya su conducta en los principios de Nuremberg. Y la Corte, al igual que ocurría en la decisión *Farmer v. Rountree*, rechaza la argumentación por cuanto el sustrato fáctico de esta objeción fiscal es bien distinto del que origina las leyes internacionales alegadas.

En esencia, este es el contenido de una decisión que también responde al *statu quo* de la jurisprudencia en la década de los 50. Sin embargo, lo que no resulta justificable es que haya obtenido carta de válido e inamovible precedente en las posteriores decisiones en objeción de conciencia fiscal, por cuanto en 1963, la Corte Suprema falla en la decisión *Sherbert v. Verner*, sentando un standard de examen para los casos de libre ejercicio de la religión basado en el *compelling state interest*. Debemos entender, por tanto, que a partir de ese año la herramienta básica de trabajo para el estudio y decisión de casos de objeción de conciencia en materia fiscal es también el *Sherbert test* y no el inadecuado precedente de la decisión *Murdock*(18). De otra parte, sentar una presunción tan sólida en favor de una ley fiscal obstaculiza la plena vigencia tanto del *compelling state interest* como del carácter de *preferred freedoms* del que goza la libertad religiosa en virtud de las decisiones de la Corte Suprema a partir de los años cuarenta, y especialmente de *West Virginia State Board v. Barnette*(19).

(18) Hasta 1980, sólo tres decisiones de la *Tax Court* federal, han reconocido la vigencia del *Sherbert test* en materia de libre ejercicio de la religión: *Domizio v. Commisioner*, 37 T.C.M. (CCH) 704, 706 (1978); *Lybeck v. Commisioner*, 35 T.C. (CCH) 1440, 1442 (1976); *Bowman v. Commisioner*, 35 T.C. (CCH) 881 (1976). Estos casos citan el precedente *Wisconsin v. Yoder* a los efectos de distinguir los hechos de esa sentencia de la Corte Suprema de los que se presentan en los casos de objeción de conciencia fiscal, sin explicar la significación de dicha distinción fáctica y, a la postre, sin aplicar el *balancing test* a la objeción fiscal. David D. Cook, *War Tax Refusal Under the Free Exercise Clause*, Wis.L.Rev. 753, 765 (1980).

(19) *West Virginia State Board v. Barnette*, 319 U.S. 624 (1943).

2.2.3. Objeción fiscal proporcional a los gastos militares. Falta de *standing*. *Autenrieth v. Cullen*(20).

Más de un centenar de demandantes (124 en concreto) se dirigen a una de las Cortes Federales de Distrito de California, solicitando el reembolso de cantidades correspondientes a los impuestos sobre la renta del año 1966. El juez de Distrito entendió que la demanda carecía de fundamento sobre el cual conceder *relief*.

Los objetores recurren a la Corte Federal de Apelación, noveno circuito. Solicitan explícitamente algunos la devolución de un 17% —en consideración a su objeción a la guerra de Vietnam— y de un 67% otros —puesto que su objeción alcanza a todas las guerras posibles, *to war in any form*— del total que pagaron al IRS por el impuesto de la renta en el ejercicio del año 1966. Los fundamentos legales de su alegación son dos: la cláusula de libre ejercicio de la religión de la Primera Enmienda de la Constitución prohíbe al Congreso exigir a los ciudadanos la financiación de actividades respecto de las cuales el individuo objeta en conciencia. Desde la convicción profunda de que la guerra de Vietnam infringe las leyes internacionales (en especial las derivadas del tribunal de Nuremberg), los objetores desean ejercitar su derecho a evitar un futuro procesamiento por participar en una guerra que amenaza los tratados internacionales, la paz y el futuro de la Humanidad. Además, señalan que puesto que el Congreso de los Estados Unidos concedió una exención al servicio militar, la *equal protection clause* de la decimocuarta enmienda del *Bill of Rights* exige la extensión del privilegio a los que objetan a la financiación de la guerra. Como puede verse, los fundamentos legales en defensa de los objetores están más elaborados o, al menos, más considerados por el tribunal. Veamos si puede decirse lo mismo del fallo.

La Corte de Apelación, inicialmente, manifiesta que los demandantes carecen

(20) *Autenrieth v. Cullen*, 418 F.2d 586 (9th Cir. 1969).

de *standing* para elevar la petición(21); el Congreso, al legislar la *Income Tax Act*, no ha quebrado ninguna de las limitaciones legales impuestas en orden a la financiación y el gasto público.

Al margen de la falta de *standing* (que cierra la necesidad de otras consideraciones), la Corte se permite también entrar en la cuestión de fondo, indicando que la Constitución no prohíbe al Congreso imponer cargas fiscales a los ciudadanos en virtud de motivos religiosos. La *Income Tax Act* no atenta contra la religión, por cuanto "no ayuda a una confesión concreta, ni a todas, ni a una sobre las demás; ni tampoco penaliza a nadie por profesar o no profesar unas creencias"(22). En materia religiosa, es una ley neutral. Si todos los ciudadanos decidieran negarse a pagar sus impuestos por su desacuerdo con el gasto que realiza el Estado *on religious grounds*, la capacidad del Estado para su normal funcionamiento se debilitaría fuertemente o incluso desaparecería.

Prescindiendo del tono ligeramente catastrofistas de la sentencia, la cuestión que inmediatamente plantea es: ¿por qué se juzga la ley de impuestos desde la perspectiva de estricta neutralidad —*Everson v. Board of Education*, propia de la *establishment clause*— y no desde la perspectiva que los objetores proponen, aun implícitamente —*indirect burden upon religion*: es decir, el *Sherbert test*? Lo criticable, de nuevo, es que esta postura jurisprudencial cristaliza y, en materia de objeción fiscal, la ley adquiere carta de constitucionalidad si satisface, simplemente, la estricta neutralidad(23). Además, la amenaza de una expansión de la objeción

(21) Vid. ATL. Este argumento —*lack of standing*— es adoptado posteriormente por la *Tax Court* al menos en dos casos: *Anthony v. Commisioner*, 66 T.C. 367 (1976), y *Scheide v. Commisioner*, 65 T.C. 455 (1975).

(22) *Everson v. Board of Education*, 330 U.S. 1, at 15-16 (1947).

(23) El principio de estricta neutralidad —unificación de las dos cláusulas religiosas, *religion may not be used as a basis for classification for purposes of governmental action, whether that action be the conferring of rights or privileges or the imposition of duties or obligations* (la religión no podría emplearse como criterio de clasificación en orden a la actuación gubernamental, si esa actuación supone la adjudicación de derechos o privilegios

fiscal que teme el juzgador no constituye motivo suficiente para denegar una solución para los objetores: al menos, la Corte Suprema no ha admitido este tipo de "conjeturas" en otros campos de objeción de conciencia⁽²⁴⁾. La ausencia de una revisión seria del problema sobre la base de la *Free Exercise Clause* es culpablemente ignorante de los exigencias introducidas por la jurisprudencia a partir de 1963.

2.2.4. La reclamación del derecho a un "pago social sustitutorio": *Susan Jo Russell*⁽²⁵⁾.

La objetora, Susan Jo Russell, realizó su declaración de la renta correspondiente al año 1970, pero retuvo del débito la cantidad de 196,64 dólares, que correspondían prácticamente al 50% del débito fiscal total, argumentando que el 50% del presupuesto federal se está dedicando a la "la guerra y destrucción de suroeste asiático", acción que considera inmoral y, por ello, reconduce esa cantidad a financiar organizaciones que defienden la vida. Incluso solicita al organismo federal de Hacienda correspondiente a su Estado la devolución de más cantidad de dinero, al considerar que en la primera estimación que hizo no retuvo completamente ese 50% dedicado a gastos bélicos. El organismo federal pagó a Russell la cantidad que solicitaba, si bien posteriormente denuncia una deficiencia en el pago, que incluye tanto la cantidad impagada como el reembolso realizado. La objetora reclama entonces a la *Tax Court*.

o la imposición de deberes u obligaciones), en la formulación de P. Kurland— precisamente se ve superado en virtud de las decisiones *Sherbert* y *In re Jenison*, y esa superación es reconocida por los defensores del principio, no obstante el perjuicio que se causa —a su juicio— en el sistema de *rule of law*. Cfr. Donald A. Giannella, *Religious Liberty, Nonestablishment and Doctrinal Development. Part I.- The Religious Liberty Guarantee*, 80 Harv.L.Rev. 1381, 1382 (1967).

(24) *No evidence in the record to indicate that the number of people who find themselves in the predicament of choosing between benefits and religious beliefs is large enough to create "widespread unemployment", or even to seriously affect unemployment.* *Thomas v. Review Board* (450 U.S. at 719). Vid. III, 2.9.

(25) *Susan Jo Russell*, 60 T.C. 942 (1973).

En su demanda, la objetora presenta tres grupos de alegaciones para justificar su conducta. Primero: los Estados Unidos en su política internacional está realizando actos calificables como crímenes de guerra conforme a las Convenciones de Ginebra y la Haya; el pago de impuestos supone la complicidad en la comisión de esos crímenes conforme a los Principios de Nuremberg. Segundo, que habiéndose educado en una "tradición cristiano-protestante", que comprende el respeto a todos los seres humanos por igual, la contribución económica a la política belicista estadounidense le llevaría a infringir sus profundas convicciones religiosas y morales. Tercero: puesto que el gobierno federal no está destinando unos fondos adecuados para las necesidades de los ciudadanos del Estado de Filadelfia, ella debe pagar una *alternative tax* a un fondo comunitario que vele por el bien común de su localidad.

El organismo demandado solicita del tribunal que se acepte un *motion for judgement on the pleadings*(26), con el fin de agilizar el proceso, admitiendo los hechos como probados y disponiendo al juez para declarar si, ante tales hechos, cabe la protección de las leyes.

El juez del caso entiende que, implícitamente, la demandante está intentando presentar un problema de constitucionalidad: el *Internal Revenue Code* no otorga a Susan Jo Russell un derecho a una retención —*withheld payment of taxes because of her belief*— y, sin embargo, tiene un derecho constitucional a esa retención, en las circunstancias del supuesto planteado. Efectivamente, parece ser así, pero el siguiente paso que da la Corte es una repetición de precedentes ya conocidos (*Abraham J. Muste, Murdock v. Pennsylvania, Autenrieth v. Cullen, Crowe v. Commisioner...*), que le llevan a no estudiar el caso *on constitutional grounds* y a dar por supuesto que tampoco se debe examinar las leyes internacionales alegadas. Por último, indica que

(26) Rule 12(c) of the Federal Rules of Civil Procedure allows a motion for the judgment on the pleadings to be made in circumstances such as we have in this case. A judgment on the pleadings may be requested even though the allegations of the complaint have been denied, and for the purposes of such motion, such allegations may be deemed to be admitted. (...) The making of such motion serves to raise the legal issue as to whether the petition states a claim on which relief may be granted, and it may avoid unnecessary trial time and conserve the time of the Court. 60.98 P-H TC at 60-577.

una *alternative tax* a la comunidad no afecta para nada a la responsabilidad tributaria de la objetora: es el Estado, y no ella, quien determina los impuestos y el gasto público para el bien de la comunidad(27).

La importancia de la decisión radica, como anticipaba en el enunciado, en que aparece ante la jurisprudencia el concepto de pago social sustitutorio que, en un análisis adecuado de la *free exercise exemption* que solicita el objetor fiscal, bien puede considerarse la solución más acorde para conciliar los intereses privados y público.

2.2.5. La objeción de conciencia al "método" de recaudación de impuestos.

El *American Friends Service Committee*, forma jurídica asociativa de los cuáqueros, se ve forzado a suspender las retenciones fiscales que, como empresa, debía realizar sobre el salario de dos de sus empleados. El motivo de esta decisión fue que a lo largo de la década de los 60, se encontró con una creciente dificultad para realizar dichas retenciones fiscales, por cuanto un gran número de empleados de la empresa objetaron el pago voluntario de impuestos y veían en la retención fiscal un freno a la libre manifestación de sus ideas en torno a la política belicista del Estado. Muchos empleados amenazaron a la empresa con dimitir y abandonar el trabajo si el AFSC no dejaba de realizar las retenciones que estaba legalmente obligado a realizar. Incluso algún trabajador abandonó la empresa en protesta contra las retenciones fiscales. Dos cuáqueros que trabajaban para AFSC, Mrs. Cleveland y Mr. Cadwallader, elevaron a la superioridad religioso-empresarial la petición de que no se retuviera del salario unas cantidades proporcionales a los gastos correspondientes al presupuesto federal de defensa. AFSC aceptó dichas peticiones, pero continuó entregando al *Internal Revenue Service* las cantidades totales de retención, con el fin de conjugar el estricto cumplimiento de la ley y, a la vez,

(27) (...) *the payment of an "alternative tax" to the community has no bearing on the tax liability of the petitioner. It is Congress, not the petitioner, that has been granted the power to tax and to spend for the general welfare, as well as the other purposes, under Article I, Section 8 of the Constitution. 60.98 P-H TC at 60-579.*

respetar la voluntad de sus empleados-miembros de la confesión religiosa, aunque esto le supusiera una seria pérdida de dinero.

En 1970, el AFSC dirigió al IRS una reclamación de cantidades que se elevaba a la cifra de 574.09 \$, correspondiente al pago ficticio de retenciones de 5 empleados, a la par que explicaba la postura de objeción fiscal que mantenían tanto la empresa como los trabajadores. El IRS se negó a devolver las cantidades reclamadas.

Dos meses más tarde, Mrs. Cleveland y Mr. Cadwallader declaran al fisco las cantidades que dejaron de pagar a través de la retención en el salario, acompañando dichas declaraciones con sendas cartas en las que manifestaban su objeción al empleo de los fondos provenientes de los impuestos en actividades relacionadas con la guerra. El IRS entonces obtiene las cantidades no pagadas mediante embargo en los bienes de los dos objetores. Tanto estos como el AFSC demandan al IRS ante la Corte Federal de Distrito Este de Pennsylvania(28).

La Corte Federal de Distrito entiende que debe decidirse el caso a partir de la *Free Exercise Clause*, al margen de las dificultades que el supuesto pueda plantear en una sede constitucional tan compleja como es la Primera Enmienda. Por otro lado, se afirma el *standing*(29) de los demandantes para solicitar su derecho a partir de una alegación de libre ejercicio de la religión, requisito que, para el tribunal, no viene impedido por la Sección 7421 (a) del *Internal Revenue Code* de 1954, que prohíbe entablar acciones que tengan por objeto limitar o impedir la valoración o determinación de impuestos debidos, o su recaudación (*Anti-injunction Act*)(30).

(28) *American Friends Service Committee v. United States*, 368 F.Supp. 1176 (E.D. Pennsylvania 1973)

(29) Vid. ATL.

(30) [Section] 7421 [as amended by Section 110(c), Federal Tax Lien Act of 1966, P.L. 89-719, 80 Stat. 1125] "Prohibition of suits to restraint assesment or collection"

(a) "Tax"- Except as provided in sections 6212 (a) ..., no suit for the purpose of restraining the assesment or collection of any tax shall be maintained in any court by any person, whether or no such person is the person against whom such tax was assesed.

Y no impide el pleito, porque los demandantes no buscan limitar la determinación y exacción, sino que el objeto procesal viene establecido de una forma singular: se contesta al *modo* de recaudar, no al hecho de recaudar impuestos en sí. No obstante, para el Gobierno no hay distinción entre una y otra peticiones, según manifiesta en su alegación. La Corte apuntala la validez de la argumentación en el hecho de que el Estado no ha dejado, por el hecho de omitirse la retención, de recaudar los impuestos debidos en vía ejecutiva. Pasa después la Corte a examinar la alegación principal de los objetores: si el método de retención en las rentas procedentes del trabajo es el medio menos restrictivo para dar cumplimiento al interés estatal de fondo, respetando la libertad constitucional de los objetores, cifrada en aportar a la sociedad un *testimonio patente de pacifismo, como precepto primordial de su confesión religiosa*. Primeramente, la Corte comprueba los requisitos previos exigidos por el *compelling state interest test* bajo la caracterización o formulación que la Corte Suprema realiza en las decisiones *Sherbert* y *Yoder*. Concluye indicando que el gobierno no ha ofrecido prueba concluyente de un interés estatal de tal magnitud que pueda primar sobre la libertad religiosa de los objetores y que existe otro medio para el logro de los objetivos o fines estatales: la vía ejecutiva, sin que el coste adicional administrativo que esta supone pueda primar sobre la libertad religiosa de los demandantes(31).

Parece conveniente realizar un par de consideraciones sobre esta decisión. La primera es que puede resultar llamativo o tacharse de superficial la delimitación que el juez realiza de la cuestión: salvar la prohibición de litigio que impone el *Internal Revenue Code* mediante una *filigrana* jurídica consistente en afirmar que la acción se dirige contra el método y no contra el impuesto en sí. Podría considerarse válida la justificación de la decisión, por cuanto la vía ejecutiva supone para los objetores fiscales una solución que respeta su libertad de conciencia: el gobierno obtiene los

(31) *We believe that the government has failed to establish that its interest in the use of the withholding method of collecting taxes is so great and compelling that outweighs the religious interest which the plaintiffs seek to protect in this case. The additional cost of collection, if any, is a small price to pay when compared with the possible frustration of the religious practice of bearing witness to one's conscience which practice has sought the aegis of the First Amendment in the unique context of this case.* 368 F.Supp. at 1184.

fondos procedentes de los impuestos por vía ejecutiva, sin que el objetor realice ninguna acción voluntaria que tenga trazas de aprobar moralmente la política de defensa y armamento y, por ende, los impuestos que la financian(32). La segunda observación puede resultar un tanto aventurada. Pero ciertamente hay un enlace implícito entre *free exercise clause* y *free speech clause* que refuerza la argumentación de los objetores: no se trata simplemente de protección constitucional de la libertad de creer y actuar (*freedom to believe, freedom to act*), sino también de proteger la libre expresión de las ideas pacifistas. No debe olvidarse que la combinación de libertad religiosa y de expresión fue definitiva en el cambio de orientación de la Corte Suprema respecto a los *flag-salute cases*(33).

El gobierno federal elevó apelación ante el Tribunal Supremo norteamericano contra la sentencia de la Corte de Distrito(34). La cuestión allí se plantea no sobre la aplicación del *compelling state interest*, sino sobre la errónea aplicación de la *Anti-Injunction Act* del *Internal Revenue Code*.

(32) La sentencia *United States v. Haworth*, 386 F.Supp. 1099 (S.D.N.Y. 1974), emanada entre la decisión de la Corte de Distrito y la de la Corte Suprema de los Estados Unidos, confirma la tesis de que hay verdadera distinción legal entre objeción fiscal en cuanto al método de recaudación y objeción fiscal directamente dirigida a los impuestos. Harworth, también cuáquero, intenta que la jurisprudencia extienda la doctrina de la Corte de Distrito en *American Friends Service Committee v. United States* a la exención de responsabilidad fiscal por motivos religiosos. La decisión indica que tal extensión es ilegítima, ratificando la división establecida entre ambos géneros de la misma especie.

(33) Con este nombre se designan una serie de casos en los que la controversia surge porque algunos alumnos (principalmente los afiliados a la secta de los Testigos de Jehová) rehúsan tomar parte en la cotidiana ceremonia de saludo a la bandera que se impone obligatoriamente, en algunos lugares, a quienes estudian en las escuelas públicas. Cfr. Javier Martínez Torrón, "La objeción de conciencia en la jurisprudencia del Tribunal Supremo Norteamericano", *Anuario de Derecho Eclesiástico*, vol. I, 1985, págs. 429 y ss. No obstante, la argumentación en solitario de *symbolic speech* en relación con la objeción fiscal no tuvo éxito en ese mismo año 1973, como manifiesta la decisión de la Corte Federal de Apelación *United States v. Malinowski*, 472 F.2d 850 (3rd Cir. 1973), *certiorari denied*, 93 S.Ct. 2164.

(34) *United States v. American Friends Service Committee*, 419 U.S. 7 (1974).

La Corte Suprema de Estados Unidos señala que la prohibición (*injunction*) de la Corte de Distrito al IRS para la retención sobre el salario supone prohibición de recaudar impuestos y que, por tanto, entra dentro del supuesto de hecho que la Corte de Distrito hábilmente eludía.

No comparte la opinión mayoritaria el magistrado Douglas, que aboga por examinar la cuestión debatida desde la perspectiva de la Primera Enmienda constitucional, aparte de reafirmarse en su oposición al modo como la Corte Suprema entiende la *Free Exercise Clause* a través del *Sherbert test*. Para este magistrado, la construcción o entendimiento de la *Anti-Injunction Act* que realizan sus colegas, más que evitar un pleito sobre constitucionalidad, lo provoca. Porque la lectura literal de la Primera Enmienda de la *Civil Rights Act* dice que el Congreso "no podrá aprobar ley alguna conducente... al libre ejercicio (de la religión)". Pues bien: la *Anti-Injunction Act* es precisamente una ley del Congreso, y la Constitución norteamericana no ha establecido una excepción a ese mandato —*no law*— en favor de las leyes fiscales tal, que permita a estas prevalecer por encima de los *religious scruples*(35).

2.2.6. Nuevas solicitudes de deducciones por gastos bélicos: *First v. Commisioner of Internal Revenue*(36).

En la misma línea de los casos y supuestos anteriores, se encuentra la demanda de Bonnie y Curry First, contra una decisión de la *Tax Court* norteamericana. Solicitan de la Corte de Apelación Federal una deducción de sus impuestos ya satisfechos, deducción que llaman *war tax deduction* como si de una figura a tipificar

(35) *Moreover, to construe the Act as the Court construes it does not avoid a constitutional question but directly raises one. The Act, read as literally as the Court reads it, plainly violates the First Amendment as applied to the facts of this case, for "no law" prohibiting the free exercise of religion includes every kind of law, including a law staying the hand of a judge who enjoins a law for the collection of taxes that traspases on the First Amendment. (...) And when it comes to the First Amendment and the free exercise of religion, the mandate is that "Congress shall make no law ... prohibiting" it. The Anti-Injunction Act is a "law"; and the Constitution gives no such preference to tax laws as to permit them to override religious scruples.* 419 U.S. at 6.

(36) *First v. Commisioner of Internal Revenue*, 547 F.2d 45 (7th Cir. 1976).

se tratara, en virtud una vez más de su oposición moral, ética y religiosa a la participación indirecta en cualquier guerra y, en concreto, en la financiación del conflicto de Vietnam. Además, consideran que la política de los Estados Unidos en este conflicto armado es contraria a los Principios de Nuremberg y el Tratado de Londres; ambos acuerdos fueron ratificados por el Gobierno(37). Los apelantes pretenden una distinción jurídica en orden al amparo de su derecho: las cortes norteamericanas confunden lo que sería una crítica política contra las actuaciones internacionales del ejecutivo federal con unas pretensiones jurídicas en sede de derechos constitucionales.

La Corte de Apelación negó el *standing* de los objetores para presentar esta demanda, y rechazó la distinción motivos políticos-jurídicos que la demanda pretendía establecer, alineando este caso con el conjunto de precedentes negativos en esta materia(38).

2.2.7. Otras decisiones sobre objeción fiscal: *Lull v. Commisioner* y *Collett v. United States*.

Contra lo que pudiera esperarse después de una línea de precedentes uniforme a la hora de definir la posibilidad de una exención para la objeción fiscal, las reclamaciones ante los tribunales no cesaron. En 1979, ante la Corte Federal de Apelación, Howard Lull presenta en recurso un pretendido derecho a deducción en el pago de su impuesto de la renta(39). En su lugar, ofrece la posibilidad de pagar

(37) Señalan particularmente la ratificación, ya que en anteriores ocasiones los objetores alegaron diversos tratados no ratificados, y el Tribunal —por ese motivo, entre otros— rechazó los argumentos alegados.

(38) *Autenrieth v. Cullen*, 418 F.2d 586 (9th Cir. 1969), cert. denied, 397 U.S. 1036 (1970); *Kalish v. United States*, 411 F.2d 606 (9th Cir. 1969); *Crowe v. Commisioner of Internal Revenue*, 396 F.2d 766 (8th Cir. 1968); *Farmer v. Rountree*, 252 F.2d 490 (6th Cir. 1958), cert. denied 357 U.S. 906; *Egnal v. Commisioner of Internal Revenue*, 65 TC 255 (1975); *Scheide v. Commisioner of Internal Revenue*, 65 TC 455 (1975).

(39) *Lull v. Commisioner of Internal Revenue*, 602 F.2d 1166 (4th Cir. 1979).

un impuesto alternativo a alguna entidad de beneficencia. La Corte confirma la sentencia de la *Tax Court*, denegando la pretensión del objetor y ratificando el principio de que corresponde al Congreso el poder de determinar los gastos e ingresos federales.

En 1985, en un recurso ante la Corte Federal de Apelación, sexto circuito(40), el matrimonio Collett solicita de los tribunales que se reconozca su derecho a la ya conocida *war tax deduction*, y que se declare la inconstitucionalidad de la norma(41) conforme a la cual se les impuso multa administrativa al reducir la deuda tributaria declarada y pagada en una proporción igual a los gastos militares previstos por el presupuesto federal(42). Alegaron fundamentalmente la *Free Speech Clause* de la Primera Enmienda. La Corte de Apelación indica que precisamente la conducta observada por los objetores fue tomada en cuenta por el

(40) *Collett v. United States*, 781 F.2d 53 (6th Cir. 1985).

(41) 26 U.S.C. paragr. 6.702: *Frivolous income tax return*

(a) *Civil penalty. -If-*

(1) *any individual files what purports to be a return of the tax imposed by subtitle A but which-*

(A) *does not contain information on which the substantial correctness of the self-assessment may be judged, or*

(B) *contains information that on its face indicates that the self-assessment is substantially incorrect; and*

(2) *the conduct referred to in paragraph (1) is due to-*

(A) *a position which is frivolous, or*

(B) *a desire (which appears on the purported return) to delay or impede the administration of Federal income tax laws,*

then such individual shall pay a penalty of 500 \$.

(42) La multa administrativa se impone sólo cuando se declara menor cantidad, no cuando se declara correctamente la cantidad pero se paga menos al fisco. En este último caso, lo que ocurriría —según hemos visto en casos anteriores— es que el débito no satisfecho será obtenido por la administración por vía ejecutiva. Cfr. *Scull v. United States*, 585 F.Supp. 956 (E.D. Va. 1984); 1982 U.S. Code Cong. and Ad.News at 1024.

Congreso a la hora de tipificar la sanción administrativa⁽⁴³⁾. Y, apenas sometiendo el problema de constitucionalidad al tradicional *compelling state interest test*, la Corte indica que el mantenimiento y viabilidad del sistema fiscal es de tal importancia para el Estado que justifica un incidental gravamen en la libertad de expresión.

2.3. Objeción fiscal por motivos pacifistas en la legislación: *The Wordl Peace Tax Fund Act*.

A lo largo del apartado anterior, hemos podido comprobar cómo la respuesta del *case law* al problema de la objeción fiscal por motivos pacifistas tiene un elemento común subyacente a todas las decisiones: remitir el problema al legislativo, despejar la incógnita de un posible pronunciamiento judicial sobre la constitucionalidad de una exención. Como decíamos, esto se debe de alguna forma al emparentamiento de la objeción militar y la fiscal⁽⁴⁴⁾. Por ello, y salvo futuros cambios de orientación que, por el momento, no parecen ni posibles, la respuesta a la objeción fiscal está en el Congreso de los Estados Unidos.

En marzo de 1977, se presentó al *Commitee of Finance* del Congreso un proyecto de ley (*The Wordl Peace Tax Fund Act*, WPTFA) dirigido a encauzar legalmente la posibilidad restringida de un pago sustitutorio para los objetores fiscales por motivos pacifistas. El proyecto no prosperó. No obstante, la labor de la *National Campaign for a Peace Tax Fund* continúa desarrollándose en pro de este objetivo, que

(43) *The war tax deduction was specifically mentioned in the legislative history of the act as a frivolous position (...) Is well documented that such a deduction is not permitted.* 781 F.2d at 54.

(44) (...) *whether any citizen shall be exempt from serving in the armed forces of the nation in time of war is dependent upon the will of Congress and not upon the scruples of the individual, except as Congress provides.* *United States v. Macintosh*, 283 U.S. 605, 623 (1931). Vid. II, 5.2.

muchos grupos de objeción fiscal consideran primordial(45).

Examinaremos brevemente el contenido del proyecto, para valorar después comparativamente su oportunidad o conveniencia respecto de otras soluciones para la objeción fiscal.

2.3.1. Contenido fundamental del proyecto(46).

Pretende la creación de un fondo federal en el seno del *Treasury of the United States*, que recibirá de los ingresos estatales procedentes de impuestos (*federal income, estate, gift taxes*) una suma proporcional a los gastos presupuestados de defensa(47), igual a la pagada por aquellos sujetos que en su declaración indiquen desear que sus impuestos vayan a dicho fondo. La determinación de dicha cantidad está confiada al *Comptroller General*, y la administración del fondo, al *Board of Trustees*, compuesto por once miembros, nombrados por el Presidente (nueve miembros, con un máximo de 5 miembros pertenecientes al mismo partido político) y el Congreso (dos miembros). El *Board of Trustees* tiene autorización para financiar diversas actividades pacifistas (investigaciones en orden a la solución no violenta de conflictos internacionales, acciones dirigidas a la promoción internacional del desarme, reciclaje de trabajadores que abandonaron sectores reconvertidos a la

(45) Cfr. documento de la *National Campaign for a Peace Tax Fund "For the Sake of Conscience: The Peace Tax Fund Bill"* (1987-1988). En el momento de la publicación de este documento divulgativo, eran partidarios del proyecto de ley 3 miembros del Senado y 47 miembros de la *House of Representatives*. Sin embargo, en la legislatura 1991-1992, apoyan al proyecto sólo 2 senadores y 34 diputados de la *House of Representatives*.

(46) S.880, 95th Congr., 1st Sess., 123 CONG. REC. 53559 (dayly ed. Mar. 3, 1977); H.R. 4897, 95th Congr., 1st Sess., 123 CONG.REC. H2062 (dayly ed. Mar. 4, 1977).

(47) Entre estos, se mencionan en el proyecto de ley, expresamente: gastos del Departamento de Defensa, de la *Central Intelligence Agency* (CIA), del *National Security Council*, del *Selective Service System*, del Departamento de Energía en relación con armamento, de la NASA en relación con la defensa militar, de ayuda militar a países extranjeros y, en general, de mantenimiento de armas o personal militar. S.880, 95th Congr., 1st Sess., 123 CONG. REC. 53559 (dayly ed. Mar. 3, 1977); H.R. 4897, 95th Congr., 1st Sess., 123 CONG.REC. H2062, § 11(2).

industria armamentística, programas de fomento internacional de salud y educación, etc.). En el caso de que el Fondo terminara el año fiscal con una cantidad remanente, esta será reintegrada en el Fondo General, pero en ningún caso podrá ser destinada a gastos militares.

El proyecto establece qué personas quedan habilitadas para determinar en su declaración impositiva el destino de parte de los impuestos al Fondo de la WPTFA. Esencialmente, se hace a través de la *Military Selective Service Act*(48). Es decir, el concepto de objetor fiscal depende del concepto legal de objetor militar(49). Por tanto, cualquier persona que haya sido clasificada como objetor de conciencia cara al *Selective Service System*(50), lo es a efectos de la WPTFA(51). No obstante, la WPTFA establece que el *Secretary of Treasury* podrá recabar de los objetores que se acojan al pago sustitutorio mayor información que verifique su objeción, e incluso podrá llevar la cuestión ante los tribunales. Al igual que la *Selective Service Act*, el proyecto penaliza la objeción fiscal por motivos pacifistas, ya que la carga de la prueba sobre la sinceridad de la objeción recae en el objetor, y deja fuera la posibilidad del objetor de conciencia selectivo (por tanto, la posibilidad de la objeción a la guerra injusta que aparece en la decisión *Negre v. Larsen*, y la

(48) Vid. II, 2.2. § 2, § 6, 3.2.5. § 11.

(49) *Qualification for participation in the Fund shall be demonstrated by an affirmative response to the following question, which shall appear on all personal income, estate, and gift tax forms: "Do you believe that you are conscientiously opposed to participation in war, within the meaning of the Military Selective Act, as amended?"*. S.880, 95th Congr., 1st Sess., 123 CONG. REC. 53559 (daily ed. Mar. 3, 1977); H.R. 4897, 95th Congr., 1st Sess., 123 CONG.REC. H2062, § 3(a).

(50) Vid. II, 3.3.

(51) Parte de la doctrina americana se inclina por considerar que la calificación para el objetor fiscal es la establecida por la Corte Suprema en *Welsh v. United States*, 398 U.S. 1792 (1970) (vid. II, 3.2.5 § 13). Charles Di Salvo, *Saying "No" to War in the Technological Age -Conscientious Objection and the World Peace Tax Fund Act*, 31 DePaul L.Rev. 497, 510 (1982) .

objeción presente en *Gillette v. United States*(52)).

Es preciso destacar que la WPTFA contiene una cláusula de amnistía para los objetores fiscales anteriores al proyecto, anulando las sanciones civiles y criminales si el objetor paga los débitos atrasados y los intereses (que se destinarán ambos al Fondo) y demuestra adecuadamente que su objeción no es selectiva(53).

2.3.2. Evaluación de sus ventajas frente a otras soluciones.

En la discusión del proyecto, se debatieron varios argumentos contrarios a la WPTFA. Destacan, entre ellos, el peligro de anarquía ínsito en la elusión de determinados deberes sociales, el temor de una explosión de la objeción fiscal a otros campos de actividad del estado contra los que el contribuyente podría objetar y el debilitamiento del potencial defensivo de la Nación ante una hipotética amenaza bélica(54). Todos ellos, motivos paralelos a los que podrían argumentarse respecto de la objeción militar.

Sin embargo, resulta interesante analizar el proyecto de ley desde una perspectiva diferente. En concreto, la de las soluciones al problema de la conciencia individual. Como se ha visto ya en el caso *American Friends Service Comitee*, la negativa del objetor a pagar voluntariamente sus impuestos obliga legalmente al IRS a embargar bienes del objetor, con el fin de cubrir la deuda tributaria, los intereses generados, las sanciones administrativas y los gastos que todo el procedimiento causa a la administración. La vía ejecutiva en la exacción de impuestos ha sido considerada, tanto por los objetores fiscales como por la doctrina americana especializada, como

(52) *Gillette v. United States*, *Negre v. Larsen*, 401 U.S. 437 (1971). Vid. II, 3.2.4. § 6.

(53) S.880, 95th Congr., 1st Sess., 123 CONG. REC. 53559 (daily ed. Mar. 3, 1977); H.R. 4897, 95th Congr., 1st Sess., 123 CONG.REC. H2062, § 3(e)(1)(A)-(b).

(54) Cynthia A Gray, *The World Peace Tax Fund Act: Conscientious Objection for Taxpayers*, 74 Nw.U.L.Rev. 76, 89-91 (1979).

una posible solución que el ordenamiento jurídico ofrece al problema, ya que el objetor no contribuye *voluntariamente* a la financiación de actividades bélicas, no contraría —por tanto— los dictados de su conciencia y, además, se desincentiva el fraude fiscal vía penalización administrativa(55). De ahí que se haya llegado a hablar del *falso conflicto* entre la ley y la conciencia, por cuanto tanto en la objeción fiscal como en la objeción a tratamientos médicos(56), basta con violentar la voluntad del objetor externamente para que éste se vea relevado de toda culpa moral(57).

La cuestión entonces deviene en examinar si el método propuesto en el proyecto *The World Peace Tax Fund Act* de 1977 ofrece ventajas o inconvenientes, tanto a los objetores como al ejecutivo federal.

Partimos de la base de que ambas opciones constituyen un medio menos oneroso de la libertad (*less burdensome alternative regulations*, exigencia sentada por la Corte Suprema en *Yoder*) y que permiten una compatibilidad entre intereses estatales y privados de los objetores. Pero puede irse más allá sobre dos principios fundamentales:

1. La Corte Suprema norteamericana añade como exigencia a ese medio menos oneroso de la libertad el buscar aquel que sea, de entre ellos, el menos restrictivo(58). Si esto es así, qué duda cabe de que penaliza menos la objeción

(55) Kent Greenawalt, *Conflicts of Law and Morality*, Oxford University Press (1987), pág. 330.

(56) El caso que pone de manifiesto o sustenta el *principle of False Conflict* es *Application of President & Directors of Georgetown College, Inc.*, 331 F.2d 1000 (D.C. Cir.), *cert. denied*, 377 U.S. 978 (1964). Vid. VI, 2.5.1.

(57) Cfr. J. Morris Clark, *Guidelines for the Free Exercise Clause*, en 83 Harv.L.Rev. 347 (1969).

(58) *The mere fact that the petitioner's religious practice is burdened by a governmental program does not mean that an exemption accommodating his practice must be granted. The state may justify an inroad on religious liberty by showing that it is the least restrictive*

de conciencia fiscal el método de la *taxpayer designation*: el objetor no sufre penalización alguna por el hecho de sustentar unas opiniones en materia ideológica, filosófica o religiosa.

2. Para la administración tributaria, también resulta más sencillo evitar la vía ejecutiva y sus costes, "normalizando" la situación de los objetores, reduciéndola a un hecho social no extravagante y limitando la repercusión social y propaganda que tienen estos fenómenos de disensión. Cara al resto de los contribuyentes, se produce un trato no discriminatorio (todos los bolsillos aportan lo que les corresponde) y se evitan situaciones socialmente desagradables y no aceptables (un parámetro al que la justicia y la doctrina norteamericanas son muy sensibles, aunque no esté "tipificado").

De todas formas, el fenómeno de la objeción fiscal siguió su curso, a falta de una reglamentación de un pago sustitutorio, ya que el proyecto no prosperó. Y tampoco la vía ejecutiva conseguirá resolver todos los casos planteados, ya que muchos *tax resisters* pueden pasar de posturas de "objeción" a comportamientos de "insumisión" (59).

3. Objeción fiscal y objeción al aborto.

Ya en 1980 surgió aparece ante los tribunales el problema de la cooperación indirecta al aborto como causa de objeción de conciencia. Se trata del ya conocido caso *Erzinger v. Regents of the University of California*(60). Unos estudiantes universitarios se negaban a pagar parte de las tasas académicas de ingreso en la

means of achieving some compelling state interest. Thomas v. Review Board of Indiana Employment Security Division, 450 U.S. 707 at 717 (1981).

(59) Mediante, por ejemplo, la distracción de bienes invirtiendo en aquellos que no pueden ser embargados. Cfr. sobre esas posibles inversiones: Durland, *People for Peace, Center on Law and Pacifism*, Philadelphia, 1979, pág. 12; y David D. Cook, *War Tax Refusal Under the Free Exercise Clause*, Wis.L.Rev. 753, 772-773.

(60) *Erzinger v. Regents of the University of California*, no. 408.559 Super. Ct. Cali., filed april 25, 1980.

Universidad de California aduciendo que esos fondos públicos se destinaban a sufragar los abortos de sus compañeras de universidad. El Tribunal Supremo del Estado de California decidió que esos pagos no contradicen la libertad religiosa de los objetores y que la universidad tenía un interés legítimo en la salud de los estudiantes que le legitimaba para exigir a todos los universitarios el pago de las tasas(61). Según los datos de que dispongo, la objeción fiscal por motivos de aborto constituye un fenómeno minoritario, pero existente, que justifica los temores del gobierno federal de que se produzca una expansión de las objeciones de conciencia.

En 1982, una breve sentencia de la Corte Suprema de Minnesota falla en contra de la familia McKee. Estos contribuyentes solicitaban *declaratory and injunctive relief* de los tribunales, alegando que el condado de Ramsey y el Estado de Minnesota infringían sus derechos de libertad religiosa al obligarles a pagar *property taxes*, impuesto sobre el patrimonio, cuando parte de ese impuesto se dedicaría a actividades inmorales (esterilización, contracepción, aborto). Además, alegaron que la actuación de los demandados era un *establishment of religion* infractor de la Constitución. Sin embargo, la Corte Suprema en su sentencia, *McKee v. County of Ramsey*(62), remite el problema a los precedentes, nada favorables para los objetores: de una parte, a *Harris v. McRae* en cuanto al problema de la neutralidad estatal(63). De otra, a *Autenrieth v. Cullen*(64), en lo referente a la constitucionalidad de la normativa tributaria frente a la libertad religiosa.

Mayor interés, tal vez por la cercanía temporal, reviste la sentencia de la

(61) Cfr. Rafael Navarro-Valls, "La objeción de conciencia al aborto: derecho comparado y derecho español", Anuario de Derecho Eclesiástico, 1986, pág. 283.

(62) *McKee v. County of Ramsey*, Minn. 316 N.W.2d 555 (1982).

(63) *Harris v. McRae*, 448 U.S. 297 (1980). Vid. VII, 1.3.1.

(64) *Autenrieth v. Cullen*, 418 F.2d 586 (9th Cir. 1969), cert. denied, 397 U.S. 1036 (1970).

United States Tax Court, Di Carlos v. Commissioner of Internal Revenue(65), de mayo de 1992. El demandante, Stephen Di Carlo, es acusado por el IRS de una deficiencia en su impuesto sobre la renta. Di Carlo, católico, se declara ante el fisco *religious objector* a los impuestos federales, alegando que sus creencias religiosas le excusan del pago de los impuestos, puesto que esos ingresos están siendo dedicados por el Estado para actividades inmorales, conforme a la enseñanza de su religión (aborto, contracepción, belicismo, pornografía, arte sacrílego, enseñanza de la evolución y promoción del humanismo secular). La respuesta negativa del tribunal ante las alegaciones de Di Carlo tiene dos argumentos fundamentales.

Primero, el tribunal no entiende que exista distinción alguna entre objetor fiscal y *tax protester*. Por tanto, el tribunal iguala el disenso político y la objeción fiscal con trasfondo religioso. Esto resulta extraño a la línea general examinada en la inmensa mayoría de los casos judiciales que se analizan, aunque la *Tax Court* parece muy segura de la calificación que otorga a la cuestión, a partir de los precedentes(66).

Segundo, el tribunal entiende que sólo la restricción directa de la libertad religiosa plantea un problema de constitucionalidad de la norma jurídica. En este sentido, incorpora a su argumentación la decisión *Smith II*(67). El tribunal dice que si se permite que cada confesión religiosa rechace en algún aspecto el sistema fiscal, porque el Estado realiza gastos de un modo contrario a las enseñanzas morales

(65) *Di Carlos v. Commissioner of Internal Revenue*, 63 T.C.M. (CCH) 3015 (T.C. 1992). Las citas que se realicen de la decisión corresponden a 1992 Tax Ct. Memo LEXIS 301.

(66) *Although petitioner tries to characterize himself as not being a tax protester, we see no substantial difference between his argument and the arguments of other tax protesters, who for one reason or another, have asserted that they are not required to comply with the internal revenue laws of the United States. Such arguments always fail. This Court and other Federal courts have rejected them many times. See, e.g., United States v. Lee, 455 U.S. 252 (1982); Crain v. Commissioner, 737 F.2d 1417 (5th Cir. 1984); Rowlee v. Commissioner, 80 T.C. 1111 (1983). 1992 Tax Ct. Memo LEXIS 305.*

(67) *Employment Div., Dept. of Human Resources of Oregon v. Smith*, 494 U.S. 872 (1990). Vid. capítulo I, 2.2.3.

de cada una de ellas, ese sistema no podría subsistir. Hace una ligera mención de los intereses contrapuestos —*compelling state interest*, libertad religiosa— que no entra a evaluar, dando por supuesto que la solidez del sistema fiscal prima sobre la objeción religiosa⁽⁶⁸⁾.

4. Objeción de conciencia a los impuestos destinados a la Seguridad Social: *United States v. Lee*.

Al margen de la objeción fiscal por motivos pacifistas, es preciso —siendo coherente con el esquema tributario norteamericano— hacer una referencia a esta importante decisión de la Corte Suprema. En efecto, aunque en España el sistema de Seguridad Social no se considera en modo alguno tributo estatal, y sólo se asemeja a al sistema tributario formalmente, en EUA las contribuciones a la seguridad social son parte del sistema tributario, que se desgajan de un destino común hacia los gastos del Estado para adoptar como fin específico cubrir los gastos (sanitarios, desempleo, etc) propios de lo que entendemos por Seguridad Social⁽⁶⁹⁾.

(68) *The tax system could not function if denominations were allowed to challenge the tax system because tax payments were spent in a manner that violates their religious belief. See, e.g., Lull v. Commissioner, 602 F.2d 1166 (CA4 1979), cert. denied 444 U.S. 1014 (1980); Autenrieth v. Cullen, 418 F.2d 586 (CA9 1969), cert. denied, 397 U.S. 1036 (1970). Because of the broad public interest in maintaining a sound tax system is of such a high order, religious belief in conflict with the payment of taxes affords no basis for resisting the tax. Ibid. at 308-309.*

(69) La Corte Suprema norteamericana manifiesta precisamente esta identidad, al comparar el conflicto concreto que se plantea con la objeción fiscal por motivos pacifistas: *If, for example, a religious adherent believes war is a sin, and if a certain percentage of the federal budget can be identified as devoted to war-related activities, such individuals would have a similarly valid claim to be exempt from paying that percentage of the income tax. The tax system could not function if denominations were allowed to challenge the tax system because tax payments were spent in a manner that violates their religious belief. See, e.g., Lull v. Commisioner, 602 F.2d 1166 (CA4 1979), cert. denied, 444 U.S. 1014 (1980); Autenrieth v. Cullen, 418 F.2d 586 (CA9 1969), cert. denied, 397 U.S. 1036 (1970). Because the broad public interest in maintaining a sound tax system is of such a high order, religious belief in conflict with the payment of taxes affords no basis for resisting the tax (455 U.S. at 260).*

Lee, miembro de la *Old Order Amish*, se niega a practicar las retenciones fiscales sobre el salario de sus empleados, preceptuadas por la legislación fiscal —en particular, por la *Social Security Act*— y a satisfacer él mismo con las obligaciones tributarias sobre la Seguridad Social que obligan a los empresarios. El motivo de esta conducta es la particular interpretación que la comunidad *Amish* hace de una epístola de San Pablo (I Tim. 5:8): el inmoral para los *Amish* no sustentar a los ancianos y necesitados de la comunidad, siendo esta ayuda sólo ejercitable por un miembro de la comunidad y no por un organismo estatal.

El IRS inspeccionó las cuentas de Lee y determinó las deficiencias fiscales. Lee recurrió a la Corte Federal de Distrito(70) y esta falló en su favor, al entender que las leyes fiscales debatidas eran inconstitucionales en el caso concreto de su aplicación al objetor fiscal. La Corte de Distrito entendió que cabía extender a su caso (trabajadores por cuenta ajena) la exención legalmente establecida para los trabajadores por cuenta propia o autónomos que, por razones religiosas, se negaran a contribuir fiscalmente al sistema de seguridad social(71).

El Estado recurre en apelación ante el Tribunal Supremo de los Estados Unidos en 1981(72), siendo ponente de la sentencia el magistrado presidente, Warren E.

(70) 497 F.Supp. 180 (WD Penn. 1980).

(71) *Internal Revenue Code*. - Section 1402(g)(1). - **MEMBERS OF CERTAIN RELIGIOUS FAITHS (1) EXEMPTION.** - *Any individual may file an application (in such a form and manner, and with such official, as may be prescribed by regulations under this chapter) for an exemption from the tax imposed by this chapter if he is a member of a recognized religious sect or division thereof and is an adherent of established tenets or teachings of such sect or division by reason of which he is conscientiously opposed to acceptance of the benefits of any private or public insurance which makes payments in the event of death, disability, old-age, or retirement or makes payments toward the cost of, or provides services for, medical care (including the benefits of any insurance system established by the Social Security Act).* Habiendo sido reconocida esta exención en favor de la *Old Order Amish*, los criterios estrictos de pertenencia y creencias son causa de denegación de la exención en la decisión *Borntrager v. Commissioner*, 58 TCM 1242 (1990), puesto que Ezra Eli Borntrager fue excomulgado de la confesión.

(72) *United States v. Lee*, 455 U.S. 252 (1982).

Burger. El tribunal indica que la exención de la ley al impuesto de la seguridad social sólo contempla a los objetores fiscales por motivos religiosos que sean trabajadores autónomos. La extensión de esta prerrogativa a los sujetos implicados en el caso exige necesariamente una base constitucional para su extensión. Y se buscará la fundamentación constitucional de dicha exención en el *balancing test* o *compelling state interest* forjado en anteriores precedentes, sólo que en una formulación un tanto singular, por cuanto, tras las tradicionales preguntas sobre si la ley grava los derechos de libre ejercicio de la religión de los objetores, y la subsiguiente sobre si existe un interés compulsivo del Estado que justifique dicho gravamen, el tercer paso es preguntarse si la hipotética exención a los objetores podría quebrar el cumplimiento del interés estatal. En este último punto, la decisión se aparta de lo que la propia Corte Suprema considera como precedente adecuado: *Thomas v. Review Board*(73).

Concluyendo que hay realmente una colisión entre la norma jurídica que se aplica y la conciencia de Lee y sus trabajadores, entiende también el Tribunal que existe un interés compulsivo del Estado que justifica el gravamen de conciencia impuesto: la vitalidad del sistema fiscal aplicado a la Seguridad Social(74). La Corte Suprema indica que resultaría dañado seriamente el interés estatal cifrado en el sistema de seguridad social si de esta exención necesariamente surgen otras muchas, a partir de diversas creencias religiosas. En este punto, la Corte distingue

(73) Vid. nota (47).

(74) A su vez, este interés se justifica sobre los siguientes motivos: 1. La seguridad social es el programa o plan de bienestar más importante y extenso que existe en los Estados Unidos, que distribuye unos \$ 11 billones a unos 36 millones de americanos cada mes; 2. La configuración de este plan exige necesariamente el sostenimiento del mismo por parte de empresarios y trabajadores, de modo obligatorio: esa nota de obligatoriedad es esencial para que el sistema se mantenga; 3. Es impensable, y de complicadísima administración, un sistema de seguridad social nacional sólo a través de contribuciones voluntarias. Cfr. 455 U.S. at 258.

la situación fáctica presente, de la creada por la decisión *Wisconsin v. Yoder*(75).

Por último, la Corte justifica la no extensión de la excepción en favor de los trabajadores por cuenta ajena: si la exención se restringe a los *self-employed*, es porque se trata de una categoría de trabajadores fácilmente identificable, insertados en comunidades religiosas que tienen su propio sistema de seguridad social. Pero este mismo argumento justifica dotar de exención a los trabajadores dependientes que pertenecen a la comunidad *Amish*, aunque, como en cierto modo indica el magistrado Stevens en su *concurring opinion*, esto nos podría situar en un problema de constitucionalidad en sede de *Establishment Clause*(76). Y termina la Corte Suprema indicando que, no obstante la sensibilidad que el Congreso y el poder

(75) El magistrado Stevens en su *concurring opinion in the judgement*, manifiesta su desacuerdo con la distinción factual: porque tanto en *Lee* como en *Yoder* está presente el mismo interés religioso, y porque no es menos importante el interés estatal de escolarización obligatoria que el de el funcionamiento normal del programa nacional de seguridad social. Cfr. 455 U.S. at 252 (footnote 3). Creo que la apreciación de Stevens en cuanto a los intereses estatales es una cuestión de hecho de la que se puede discrepar.

(76) *In my opinion, the principal reason for adopting a strong presumption against such claims is not a matter of administrative convenience. It is the overriding interest in keeping the government —whether it be the legislature or the courts— out of the business of evaluating the relative merits of differing religious claims. The risk that the governmental approval of some and disapproval of others will be perceived as favoring one religion over another is an important risk the Establishment Clause was designed to preclude.* 455 U.S. at 252 (footnote 2). Stevens sitúa el verdadero motivo de la denegación en la *Establishment Clause*, más que en un problema de administración del programa de seguridad social o en la quiebra del mismo en virtud de la extensión del privilegio legal a este supuesto. En la decisión *Hugues v. Commissioner*, 81 T.C. 683 (1983), se rechazó igualmente la petición de exención de un abogado objetor de conciencia a la seguridad social, por no pertenecer a las confesiones reconocidas. El tribunal justificó esta distinción: *Congress was entitled to distinguish between a member of a recognized religious sect who is an adherent of established tenets or teachings upon which the conscientious objections are based and someone whose personal beliefs alone are the basis for the conscientious objections in question. We find no constitutional infirmity in such legislative classification, notwithstanding the deeply held convictions of the latter, and notwithstanding that Congress could have treated both alike.* Cf. *Randolph v. Commissioner*, 74 T.C. at 289-290; *Henson v. Commissioner*, 66 T.C. at 838-840; *Palmer v. Commissioner*, 52 T.C. 310, 313-314. 81 T.C. at 687. Es evidente que la justificación dada por el tribunal a la norma del Congreso (vid. nota 73) no superaría los criterios del *Lemon test*.

judicial tienen y deben tener hacia los choques entre la conciencia y la ley, no puede otorgarse libremente exenciones a las normas jurídicas que incidentalmente coartan el libre ejercicio de la religión. Cuando un sujeto, creyente o no, "ingresa" en el mundo comercial y del trabajo, tiene que aceptar —afirma la Corte— unos condicionantes que ese mundo le impone, pero que no son debidos a una actitud hostil hacia sus creencias, sino a la propia dinámica del tráfico económico y comercial.

La doctrina norteamericana descalificó la decisión por dos razones fundamentales(77): en primer lugar, porque de la voluntad del legislador que previó la exención para los trabajadores autónomos se deduce la posibilidad de su extensión a trabajadores dependientes. En segundo lugar, la aplicación de los criterios jurisprudenciales en materia de *free exercise exemptions* es incompleta.

Como indica Stevens en su *concurring opinion*, no debe entenderse que la sentencia constituya un precedente general en materia de objeción de conciencia religiosa(78). Y, sin embargo, una abierta reclamación de exención fiscal por motivos pacifistas apoyada en un examen jurisprudencial como el presente posiblemente carecería de éxito: la Corte Suprema equipara el supuesto de impuestos con un fin conocido o explícito (Seguridad Social) con aquel otro que representa la objeción fiscal por motivos pacifistas, en el que la diferenciación del destino del dinero la hace el objetor, no el Estado al legislar el impuesto(79).

(77) Cfr. John V. Stevens, Sr. y John G. Tulio, *Casenote: United States v. Lee, a Second Look*, 26 JCS 455 (1984).

(78) *Today's holding is limited to a claim to a tax exemption. I believe, however, that a standard that places an almost insurmountable burden on any individual who objects to a valid and neutral law of general applicability on the ground that the law proscribes (or prescribes) conduct that his religion prescribes (or proscribes) better explains most of this Court's holding than does the standard articulated by the Court today.* 445 U.S. at 252 (footnote 3).

(79) *The tax system could not function if denominations were allowed to challenge the tax system because tax payments were spent in a manner that violates their religious beliefs.* 455 U.S. at 260.

IV. OBJECIONES DE CONCIENCIA LABORALES

1. Introducción.

Este capítulo de la tesis doctoral analiza cuatro tipos de supuestos relacionados con el derecho laboral: los *sabbatarian cases* (que comprenden fundamentalmente la negativa del objetor a realizar cualquier actividad laboral en días de descanso religiosos), los supuestos de objeción de conciencia a la contribución sindical por la negociación colectiva, la objeción de conciencia a las prácticas religiosas en la empresa, y un apartado que recoge otras objeciones menores en el mundo de las relaciones laborales, esencialmente el choque entre exigencias de vestuario con las creencias religiosas de un objetor.

Las vías legales de tratamiento de la cuestión nos remiten a la Primera Enmienda de la Constitución y a la legislación norteamericana contra la discriminación en el empleo. Como tendremos ocasión de comprobar, esta legislación también ha sido cauce de tratamiento jurisprudencial de otros problemas de objeción de conciencia (aborto y profesorado de escuela pública). Sin embargo, la especificidad en estos casos viene dada por el supuesto de la conducta del objetor (referida

principalmente a problemas estrictamente laborales: la jornada semanal, la contribución a los órganos de representación, las condiciones de trabajo, etc), y por la clasificación más usual de los tratadistas americanos en el estudio de las objeciones de conciencia(1).

Ya que la discriminación por motivos religiosos es el ámbito de los supuestos, es preciso hacer un pequeño estudio que sirva de introducción y sitúe el tratamiento de las objeciones laborales adecuadamente.

1.1. La *Civil Rights Act* de 1964(2).

La referencia a esta ley es obligada, pues su Título VII ofrecerá la vía sustantiva de protección para los *sabbatarian* a partir de 1964, desplazando la invocación genérica que hasta entonces pudiera hacerse a la Primera Enmienda de la Constitución Americana. Con una fórmula amplia, el Título VII establece el concepto de *unlawful employment practice for an employer* (uso o práctica ilegal del empleador), abarcando dentro de él diversas formas de discriminación(3).

(1) Barbara J. Redman, *Sabbatarian Accommodation and the Supreme Court*, 33 JCS 494 (1991); Diane Gleason Irons, *Religious Discrimination in Employment: Title VII and the Constitution*, 29 JCS 253 (1987), Robert T. Miller y Ronald B. Flowers, *Toward Benevolent Neutrality: Church, State and the Supreme Court* (3rd Ed.), Markham Press Fund of Baylor University (1987), pág. 142 y ss.

(2) A efectos de localización, situaremos la *Civil Rights Act* en 42 U.S.C.A. §1971, 1975a a 1975d y 2000a-6, 2000b a 2000b-3, 2000c a 2000c-9, 2000d a 2000d-4, 2000e a 2000e-17, 2000f, 2000g a 2000g-3, 2000h a 2000h-6.

(3) *It shall be an unlawful employment practice for an employer- 1. To fail or refuse to hire or discharge any individual, or otherwise to discriminate against any individual with respect to his compensation, terms, conditions, or privileges of employment, because of such individual's race, color, religion, sex, or national origin; or 2. To limit, segregate, or classify his employees or applicants for employment in any way which would deprive or tend to deprive any individual of employment opportunities or otherwise adversely affect his status as an employee, because of such individual's race, color, religion, sex, or national origin.* 42 U.S.C.A. § 2000e.

Esta ley significa el efectivo intento del Estado por erradicar de las estructuras nacionales —no sólo del mundo laboral— la discriminación por motivos de raza, sexo, origen nacional y religión. Es por ello que recoge un mandato práctico de promover la igualdad en el empleo, una igualdad "acomodacionista", al menos en la letra de ley, en favor también de las llamadas minorías religiosas, en el campo de la protección del pluralismo cultural(4). El Título VII se aplica, por tanto, a un amplio espectro de supuestos donde, por supuesto, se encuentran los que hemos enunciado como formas de objeción de conciencia, si bien —como veremos— la objeción a las aportaciones sindicales se guía por una legislación particular.

La interpretación del Título VII ha sido moderadamente expansiva, en un avance que protagonizan a la par jurisprudencia federal y legislación del Congreso. Así, inicialmente el término "religión" no venía definido por la ley, autorizando ésta a la EEOC(5) que promulgara regulaciones en el área de la discriminación por motivos religiosos. El primer campo de regulación administrativa por parte de ese órgano fue la observancia del *sabbath* y la "discriminación intencional", estableciéndose que el empresario es libre de fijar los turnos de trabajo como desee, pero que tiene el deber de adaptarse a las necesidades religiosas de los trabajadores si dicha adaptación puede realizarse *without serious inconvenience to the conduct of the business*(6). Poco después, la EEOC sustituye las palabras *serious*

(4) Cfr. Gloria T. Beckley-Paul Burnstein, *Religious Pluralism, Equal Opportunity and the State*, 44 *Western Political Quarterly* 185, 186 (1991).

(5) La *Equal Employment Opportunity Commission* fue creada en virtud del Título VII de la *Civil Rights Act* de 1964, e inició su funcionamiento en 1964. Es el organismo oficial federal encargado de promover la eliminación de cualquier forma de discriminación en las relaciones laborales. Entre sus actividades primordiales, se encuentra la de recibir *charges* ("acusaciones" o denuncias) de empleados respecto a infracciones del Título VII a cargo de las empresas, iniciándose una investigación acerca de su certeza, y un posterior procedimiento de conciliación entre empresa y trabajador. De no producirse un acuerdo, la infracción puede ser llevada por el trabajador ante la jurisdicción de los tribunales federales (4 *The Guide of American Law*, 334 y ss.). Cfr. también U.S.C.A. § 2000e-4.

(6) 29 C.F.R. § 1605.1 (1966).

inconvenience por el concepto *undue hardship*(7).

En 1972 se opera una nueva expansión de esta política en virtud de la enmienda Randolph, patrocinada por Jennings Randolph, un senador del estado de West Virginia, miembro de una pequeña secta denominada *Seventh-Day Baptists*, que adopta el *sabbath* como día de descanso en todos los órdenes(8). La enmienda, aprobada por unanimidad, especifica qué ha de incluirse en el término religión a los efectos de la ley sin que, en realidad, se defina nada ni se desvanezca el concepto "religión", como vimos que ocurrió en el caso ya citado *United States v. Seeger*(9). Con esta reforma, se ofreció a los tribunales las líneas maestras para sopesar los intereses en juego: el del empresario de mantener el desarrollo normal de su empresa y el del trabajador de que se respete las conductas que se siguen de sus creencias(10). Esas líneas maestras están recogidas en dos términos principales, que serán activados y explicitados por la jurisprudencia, caso tras caso: *reasonable accommodation* ("adaptación razonable") y *undue hardship* ("gravamen indebido o excesivo").

(7) 29 C.F.R. § 1605.1 (1968).

(8) El hecho de la pertenencia del senador a esta secta de *sabbatarians* induce posteriormente a la jurisprudencia a pensar que la *mens legislatoris* restringe la protección del Título VII al *sabbatarianism* (*Cooper v. General Dynamics*, 533 F.2d at 174).

(9) Las *EEOC Guidelines* Dec.No.71-799, 1973 EEOC Dec. (CCH) 6180, at 4305 (Dec.21, 1970) citan como criterio expansivo del concepto religión la sentencia *United States v. Seeger*, 320 U.S. 163, 176 (1965). En mi opinión, las objeciones de conciencia laborales permanecen en la práctica jurisprudencial más conectadas con la religión "institucionalmente" considerada que la objeción de conciencia militar. Avala esta proposición las decisiones *EEOC v. Chrysler Corp.*, 652 F.Supp. 1523 (N.D.Ohio 1987), *Brown v. Pena*, 441 F.Supp. 1382 (S.D.Fla.1977) y la propia decisión *Frazee* de la que me ocuparé más adelante. Por tanto, no considero que esas *Guidelines* sean definitivas en objeciones laborales.

(10) 42 U.S.C.A. 2000 (e)(j) (1976). "*The term 'religion' includes all aspects of religious observance and practice, as well as belief, unless an employer demonstrates that he is unable to reasonably accommodate to an employee's or prospective employee's religious observance or practice without undue hardship on the conduct of the employer's business.*"

Es preciso destacar también que el móvil básico de la enmienda Randolph fue el resultado ante la Corte Suprema del caso *Dewey v. Reynolds Metal Co.*(11). El supuesto planteado era la validez de la *accommodation* ofrecida por el empresario a su empleado: permitirle buscar por su cuenta un sustituto para trabajar en sábado, adaptación que el trabajador considera inmoral. La Corte Federal de Apelación, sexto circuito, entendió —y el Tribunal Supremo ratificó— que la *accommodation* era suficiente o razonable. Para la Corte de Apelación, al igual que para el Tribunal Supremo, la *reasonable accommodation* no tenía fuerza de ley, sino de una reglamentación menor: las *EEOC Guidelines* de 1967(12). Es por ello que la labor del Congreso de los EE.UU. fue, en definitiva, incorporar al texto del Título VII los conceptos fundamentales de esas *EEOC Guidelines*(13).

Esta enmienda tiene dos implicaciones fundamentales(14). La primera es la redefinición del concepto de discriminación. La ley exige no tanto que los trabajadores adscritos a confesiones religiosas sean tratados igualmente, sino que los empleadores faciliten un tratamiento particular (*reasonable accommodation*) a aquellos con peculiares necesidades religiosas, salvo que se incurra por ello en un gravamen excesivo. Ante la ley se presentan, por tanto, dos tipos diferentes de discriminación religiosa en el empleo: el *disparate treatment*(15) (que supone tratar a los trabajadores pertenecientes a algunas confesiones peor que a otros), y la *failure to*

(11) *Dewey v. Reynolds Metal Co.*, 429 F.2d 324 (6th Cir.1970), *aff'd*, 402 U.S. 689 (1971). La sentencia de la Corte Suprema es una *memorandum decision*, que simplemente suscribe la doctrina y fallo expuesto por la Corte Federal de Apelación.

(12) En julio de 1967, la *Equal Employment Opportunity Commission* promulgó sus *Guidelines on Discrimination Because of Religion*, donde se contenían ya los conceptos *reasonable accommodation* y *undue hardship*.

(13) Véase D. Gleason Irons *Religious Discrimination in Employment: Title VII and the Constitution*, 29 JCS 254, 255 (1987).

(14) Cfr. Gloria T. Beckley-Paul Burnstein, *Religious Pluralism, Equal Opportunity and the State*, 44 *Western Political Quarterly* 185, 193 (1991).

(15) Ver ATL

accommodate, o falta de adaptación, a las necesidades religiosas de los miembros de una confesión concreta.

La segunda implicación fundamental consiste en la supresión de la tradicional dicotomía creencia-práctica religiosa. Al menos en el contexto del derecho laboral, el Congreso pretende que el gobierno federal (y también los empresarios, sindicatos, y los órganos estatales ejecutivos) se adapten a la diversidad de credos en cuanto a su desenvolvimiento práctico, mientras no se cause un gravamen excesivo o indebido.

Esta exposición introductoria de la *Civil Rights Act* sería incompleta, si no dejáramos constancia de otra disposición de interés en la materia que nos ocupa, y que se comenta a continuación.

Se trata de la exclusión que la ley establece para lo que se ha dado en llamar "empresas de tendencia", en este caso religiosas (aunque también puede abarcar empresas con carácter estrictamente "secular"(16), como clínicas abortistas(17)). Esta excepción establece el concepto de *bona fide occupational qualification*. Significa que determinados empleos en empresas de tendencia exigen unas condiciones especiales del futuro trabajador. Entre esas condiciones se encuentra también el credo o ideología, de forma que el empleador puede "discriminar" a los candidatos en razón del credo o ideología, sin incurrir por ello en una *unlawful employment practice*. No obstante, la ley establece que esa *bona fide occupational qualification* debe ser "razonablemente necesaria para el normal funcionamiento de

(16) Véase una alegación de *bona fide occupational qualification* no aceptada por el Tribunal en *E.E.O.C. v. Townley Engineering and Manufacturing Co.*, 859 F.2d 610 (1988).

(17) Sobre este tema, me remito a lo que se expone en la parte VII, 3.1. Legislación federal.

la empresa"(18).

1.2. Litigiosidad sobre discriminación en el empleo y objeción de conciencia.

Las tablas estadísticas(19) que a continuación se exponen, vienen a completar esta introducción sobre las objeciones laborales.

La primera tabla indica la afiliación religiosa de los demandantes. Como puede verse, relativiza el concepto de minoría religiosa, puesto que la más alta tasa de litigiosidad viene compartida por adventistas y judíos. La segunda tabla está más relacionada con las objeciones de conciencia laborales. En estas, el objetor no suele alegar la existencia de un problema discriminatorio "de clase" social, religiosa o étnica, sino que ante el choque entre norma, práctica empresarial, etc. y conciencia individual, el empresario no ha respondido conforme a lo que la ley federal ampara: una adaptación razonable a las exigencias morales del trabajador. Esta segunda estadística responde mejor a la realidad de minorías religiosas: como puede verse, los más altos grados de litigiosidad corresponden —en cuanto a esa *failure to accommodate* (FA)— a los adventistas, confesiones protestantes varias y *sabbatarians* de afiliaciones minoritarias.

(18) 42 U.S.C.A. § 2000e-2(e): *Notwithstanding any other provision of this subchapter, (1) it shall not be unlawful employment practice for an employer to hire and to employ employees, for an employment agency to classify, or refer for employment any individual, for a labor organization to classify its membership or to classify or refer for employment any individual, or for an employer, labor organization, or joint labor-management committee controlling apprenticeship or other training or retraining programs to admit or employ any individual in any such program, on the basis of his religion, sex or national origin in bona fide occupational qualification reasonably necessary to the normal operation of that particular business or enterprise (...)*

(19) Extraídas del autorizado y actualizado estudio de la cuestión por Gloria T. Beckley-Paul Burnstein, *Religious Pluralism, Equal Opportunity and the State*, 44 *Western Political Quarterly* 185, (1991). Estas tres tablas están basadas en 243 casos resueltos por las Cortes Federales americanas. La unidad de análisis es el caso, no la decisión; por tanto, si la decisión fue recurrida, sólo se toma en cuenta la decisión final. Se excluyen las sentencias de menos de una página, puesto que no ofrecen en la mayoría de los casos información de utilidad.

La tercera tabla tiene también un interés particular, centrado en la objeción de conciencia. En fuerte contraste con el bajo porcentaje de triunfo en casos donde se alega *disparate treatment* (doctrina "importada" de los casos sobre discriminación racial y por razón de sexo), es mucho mayor el que corresponde a la alegación de *Free Exercise Clause* en combinación con el Título VII u otras leyes sobre discriminación. Puesto que la mayor parte de supuestos de objeción de conciencia se articulan bajo esta combinación, se puede predicar un amplio reconocimiento de la objeciones laborales (*sabbatarian*, rechazo de aportaciones sindicales) como doctrina firme en el mundo laboral. También es preciso aclarar que cuando en la Tabla se enuncia "*Establishment Clause* en combinación con criterio constitucional" se hace referencia primordialmente a casos en los que sindicatos o empresas alegan que las medidas del Título VII infringen la Constitución, que demanda la neutralidad del Estado. El porcentaje refleja que en un 79% de los casos, las Cortes Federales han rechazado la argumentación, con lo que la normativa del Título VII cara a la objeción religiosa se ve jurisprudencialmente reforzada, como luego veremos.

TABLA I		
Religión del demandante en casos de discriminación en el empleo		
Religión	Número	Porcentaje
Judíos (de estos, ortodoxos)	49(7)	24(3)
Adventistas	49	24
Otros <i>sabbatarians</i>	35	17
Católicos	14	7
Protestantes (*)	9	4
Otras confesiones cristianas(**)	24	12
Orientales (no <i>black muslims</i>)	16	3
<i>Black muslims</i>	6	3
Otros	5	2

TABLA 2		
Demandas de <i>Disparate Treatment</i> (DT) y falta de adaptación (FA) según confesiones del demandante		
Religión	Porcentaje	
	DT	FA
Judíos (de estos, ortodoxos)	75(14)	25(86)
Adventistas	6	94
Otros <i>sabbatarians</i>	5	95
Católicos	77	23
Protestantes (*)	40	60
Otras confesiones cristianas (**)	46	54
Orientales (no <i>black muslims</i>)	69	31
<i>Black muslims</i>	57	43
Otros	66	33
TOTALES	42	58

(*) Iglesia Episcopal, Presbiterianos, Luteranos, Metodistas

(**) Baptistas, *European Free Church*, Pentecostales, Mormones, *Holiness*, otros.

TABLA 3 (*)

**Victorias de demandantes según motivo de la decisión judicial
con porcentaje
de casos ganados por la parte que alega discriminación**

Justificación de la decisión judicial	Total
Criterio de <i>disparate treatment</i> según Título VII	18% (39)
<i>Free Exercise Clause</i> en combinación con criterio no constitucional	67 (12)
<i>Establishment Clause</i> en combinación con criterio no constitucional	79 (14)
<i>Free Exercise Clause</i>	33 (21)
<i>Establishment Clause</i>	0 (2)
Criterio de <i>reasonable accommodation</i> , basado en la interpretación de la ley, antes de las 1972 <i>EEOC Guidelines</i>	44 (27)
Decisiones de la Corte Suprema <i>Hardison</i> o <i>Philbrook</i>	22 (46)
Criterios <i>disparate treatment</i> en combinación con <i>reasonable accommodation</i>	0 (3)
Otros (defectos procesales del caso, revisión del material fáctico, etc.)	31 (78)
TOTALES	33 (242)

(*) entre paréntesis figuran el número de casos totales donde se plantea el motivo o alegación.

2. Los *sabbatarian cases*.

Ya anticipé que se entiende por tales aquellos casos judiciales en los que la pretensión versa sobre la negativa de un sujeto a realizar cualquier actividad laboral en sábado, por considerarlo día de descanso conforme a sus creencias religiosas. Frente a la dubitativa posición de la jurisprudencia europea en esta materia⁽²⁰⁾, la norteamericana inicia una decidida posición tuitiva a partir de 1963. A continuación resumo las principales etapas de esta tendencia.

2.1. El caso *Sherbert*: arranque de una protección *in crescendo*.

Adele Sherbert, Adventista del Séptimo Día⁽²¹⁾, fue despedida de su empleo en una empresa textil de South Carolina ya que —al ampliarse el calendario laboral semanal— se negaba, por motivos de conciencia, a trabajar en sábado. Por esta misma razón no pudo obtener trabajo en otra empresa, y solicitó subsidio de desempleo. Le fue denegado ya que, conforme a la *South Carolina Unemployment Compensation Act*, no puede acceder a ese beneficio quien, sin causa razonable o justa, hubiera rechazado un trabajo que se le ofreciera; el Estado entendió que los motivos religiosos no eran en modo alguno esa causa razonable. Ante la Corte

(20) Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, caso *Prais v. Council of the European Communities*, 130/75; Comisión europea de derechos humanos, Dec. Adm. 850/60 (no publicado); Tribunal Constitucional español, Sentencia 19/1985, de 13 de febrero; Tribunal Supremo español, Sala de lo Social, sentencia de 20 de abril de 1988. Cfr. Ana Fernández Coronado, "La normativa del Estado sobre festividades religiosas", *La Ley*, núm. 1172, pág. 1 y ss.; Javier Martínez-Torrón "La objeción de conciencia en el Derecho Internacional", *Quaderni di Diritto e Politica Ecclesiastica*, 1989/2 p. 149 y ss.

(21) La Iglesia Adventista del Séptimo Día tiene su origen en la figura del ministro baptista estadounidense William Miller. Desde principios de este siglo, esta confesión prohíbe a sus fieles la afiliación o contribución a organizaciones sindicales. Esta prohibición encuentra su fundamento en la particular interpretación que hace del mandato evangélico del amor al prójimo: siendo así que trabajadores y empleados son prójimo unos de otros, la actividad sindical (que promueve huelgas y piquetes) quebranta dicho mandato. Para los Adventistas, la afiliación sindical o la contribución a los sindicatos son actos que ponen en peligro la salvación eterna del alma. (Para una ampliación ver: Jonathan M. Butler y Ronald L. Numbers, 13 *The Encyclopedia of Religion* 179, (1987 Mc. Millan Publishing Company).

Suprema del Estado no obtuvo protección, y es en 1963 cuando acude en apelación ante la Corte Suprema de los Estados Unidos(22), no sin el apoyo de importantes grupos de presión norteamericanos —en la posición de *amici curiae*(23)— interesados en la cuestión del *sabbatarianism*. La Corte Suprema dictó sentencia favorable a la apelante, contra lo que se podía prever conforme al precedente *Braunfeld v. Brown*(24).

Como puede verse, estamos ante una objeción de conciencia relativa, y como tal se plantea ante la Corte Suprema. La importancia de esta sentencia radica en que se establece que el libre ejercicio de la religión puede verse infringido no sólo por una legislación directamente discriminatoria, sino también por leyes con propósito secular o neutral, que indirectamente gravan la libertad religiosa aun de forma inintencionada (*unintended burden upon conscience*). En definitiva: que la libertad de conciencia puede verse amenazada tanto por una política de indeferencia ante la conciencia como por una legislación claramente sectaria(25).

(22) *Sherbert v. Verner*, 374 U.S. 398 (1963).

(23) Vid. ATL.

(24) *Braunfeld v. Brown*, 366 U.S. 599 (1961). Se trata de un *sunday closing law case* en que varios apelantes de religión Judía alegan la invalidez de la norma criminal del estado de Pennsylvania que, al impedirles el comercio en domingo, les coloca en una posición económica desventajosa por el hecho de actuar conforme a su religión. El ponente de la decisión, Earl Warren, reconoce la existencia de una carga indirecta en el ejercicio de la religión, si bien se ajusta a los esquemas de escisión entre libertad de creer y libertad de actuar, siendo la primera absoluta. Sin embargo, crea un concepto nuevo, precedente de alguna forma de la decisión *Sherbert* (cfr. Alfred G. Killea, *Privileging Conscientious Dissent: Another look at Shelbert v. Verner*, 16 JCS 197, 200, 1974): *but if the State regulates conduct by enacting a general law within its power, the purpose and effect of which is to advance the State's secular goals, the statute is valid despite its indirect burden on religious observance unless the State may accomplish its purpose by means which do not impose such a burden*. 366 U.S. at 607.

(25) Cfr. Alfred G. Killea, *Privileging Conscientious Dissent: Another look at Shelbert v. Verner*, 16 JCS 197, 198 (1974).

Calificado el comportamiento como objeción de conciencia(26), indica la Corte acertadamente que se plantea al sujeto una elección de la mayor trascendencia: actuar conforme a las propias convicciones internas o quebrantar estas para obtener un empleo, habiendo elegido en este caso la apelante permanecer fiel a los dictados de su creencia religiosa. La legislación fuerza en este caso a que el ciudadano se plantee este difícil dilema y, por ello, aunque sea de modo indirecto e inintencionado, atenta contra el libre ejercicio de la religión(27).

Por otro lado —y como es natural cuando se trata de establecer la primacía de un derecho sobre los intereses del estado o de la comunidad en general— *Sherbert* exige al poder ejecutivo estudiar si ha realizado un esfuerzo adecuado para evitar en lo posible gravar la conciencia con las consecuencias de esa regulación legal. En este campo de libertades fundamentales del individuo, sólo un interés compulsivo del Estado (*compelling state interest*), un motivo de grave importancia para el cumplimiento de los fines del gobierno, podría justificar el gravamen de la libertad que se produce en el caso. Este concepto de la sentencia, el *compelling state interest*, se convierte así en el criterio rector para la solución de los casos de objeción de conciencia en los que chocan libre ejercicio de la religión y normativa del Estado(28).

En su *dissenting opinion*, los jueces Harlan y White argumentan que la legislación debatida debe su origen a las situaciones de depresión económica y social

(26) *Plainly enough, appellant's conscientious objection to Saturday work constitutes no conduct prompted by religious principles of a kind within the reach of state legislation.* 374 U.S. at 403.

(27) *Governmental imposition of such a choice puts the same kind of burden upon the free exercise of religion as would a fine imposed against appellant for her Saturday worship* (374 U.S. at 404).

(28) *It is basic that no showing merely of a rational relationship to some colorable state interest would suffice; in this highly sensitive constitutional area, "only the gravest abuses, endangering paramount interest, give occasion for permissible limitation"* *Thomas v. Collins*, 323 U.S. 516, 530. (374 U.S. at 406).

presentes en los años 30 en Estados Unidos. La ley pretende aliviar la penuria económica de los ciudadanos que se ven sin trabajo no por motivo alguno personal, sino por la incapacidad material del mercado de trabajo para facilitar el empleo. Para ambos, se saca la ley de su finalidad y contexto propios: los motivos religiosos no tienen nada que ver con una situación de crisis económica y tienen su sede propia en las razones personales que, conforme a la norma, excluyen la elegibilidad del sujeto para el subsidio. Sin embargo, como el juez Stewart observa en su *concurring opinion*, el libre ejercicio de la religión no puede confinarse al mundo de los "motivos personales", cuando se ve alterado por una normativa discriminatoria (puesto que privilegia a los observadores del domingo) y lesiva: la Constitución de los Estados Unidos, dentro de un régimen laico de Estado, opta por entender que la libertad religiosa es esencial en el desarrollo de una sociedad, siendo el Estado garante de esa libertad desde una postura de comprensión y adaptación a las necesidades y principios religiosos de los ciudadanos(29).

(29) *I am convinced that no liberty is more essential to the continued vitality of the free society which our Constitution guarantees than is the religious liberty protected by the Free Exercise Clause (...)* And I think that the guarantee of religious liberty embodied in the Free Exercise Clause affirmatively requires government to create an atmosphere of hospitality and accommodation to individual belief or disbelief. (374 U.S. at 413, 415). El relación con *Sherbert*, indica McConnell que los motivos religiosos de conciencia no son el único motivo por los que una persona se ve imposibilitada para trabajar un Sábado (esto era parte del supuesto en *Sherbert*): puede haber motivaciones políticas (negarse a trabajar para un contratista militar), morales (necesidad de cuidar a un padre anciano en los fines de semana), o de preferencia personal (no estar dispuesto a perderse el partido de béisbol del sábado). Si al denegar el subsidio de desempleo a Mrs. Sherbert, se le impone una "sanción" al libre ejercicio de su religión, la denegación de ese mismo beneficio en los otros casos impone una sanción al pacifismo, al cuidado de los familiares inválidos, o a la afición al deporte. ¿Por qué, entonces, se coloca la religión en un área donde la elección individual queda inmunizada de la presión estatal? McConnell entiende que la Corte Suprema infiere de la *Free Exercise Clause* una *incentive neutrality*: la acción del Estado dirigida a remover obstáculos que condicionen la elección del credo religioso ante la oferta plural en la sociedad. Frente a esta neutralidad, el *dissenting* del magistrado Harlan aboga por la *category neutrality*: garantizar que el Estado trata el fenómeno religioso en un plano igual a otras categorías de creencia, preferencia ó motivación; es decir, que vaciaría de contenido el libre ejercicio de la religión, remitiendo el problema a una cuestión de igualdad de trato simple y llanamente. Cfr. Michael W. McConnell y Richard A. Posner, *An Economic Approach to Issues of Religious Freedom*, 56 U. Chi. L. Rev. 1, 36-37 (1989).

2.2. La aplicación del Título VII reformado a los *sabbatarian cases*: *Drapper v. United States Pipe and Foundry Co.*(30).

El mismo año en que se introduce la enmienda Randolph, ante el sexto circuito de la Corte Federal de Apelación se plantea el siguiente caso: un trabajador perteneciente a la *Wordlwide Church of God*(31) presenta ante el empresario su objeción a trabajar en sábado. El empresario ofrece una solución temporal al problema: le propone la posibilidad de ser transferido a un puesto donde no tendría que trabajar en ese día, si bien supone una disminución de sueldo y una menor categoría respecto a la que tiene Drapper actualmente. Después de diversos intentos de llegar a un arreglo —y en el marco de un aumento de jornada laboral en la empresa— el empleado es despedido por sus cuatro ausencias consecutivas en sábado.

El núcleo fundamental de la sentencia consiste en analizar si esa propuesta de *accommodation* (un traslado de puesto de trabajo, aunque de nivel inferior) es *reasonable*. En definitiva, ver si se cumplen las condiciones exigidas por el Título VII. El tribunal de apelación afirma que, en determinadas circunstancias, una transferencia de puesto de trabajo puede ser valorada como "suficiente y razonable adaptación". Sin embargo, en este caso, la adaptación propuesta por el empresario supone una sustancial disminución de sueldo, y puede echar a perder las actitudes de Drapper, sin asegurar que en el futuro el demandante se vea obligado a trabajar en sábado. "Cuando una transferencia afecta de modo adverso en tal grado al trabajador, pensamos que el empleador debe primero tratar de articular la acomodación dentro

(30) *Drapper v. United States Pipe and Foundry Co.*, 527 F.2d 515 (6th Cir.1976).

(31) El movimiento religioso *Armstrongism* (*Wordl Wide Church of God*) si bien tiene su origen en América, viene siendo considerado dentro del amplio grupo de las "nuevas religiones" de arraigo en Europa, desviación o derivación de las iglesias cristianas (al estilo de los movimientos *The Way International* o *Bible Speaks*); entre sus principios incluye la observancia del *sabbath* como día de descanso de toda actividad laboral. Cfr. Eileen Barker, *New Religions And Groups in Europe*,¹⁰ *The Encyclopedia of Religion*, Mc. Millan Publishinhg Company, 405 y ss (1987).

de la misma clasificación laboral del trabajador. Si esa adaptación no fuera posible sin que se cause al empleador *undue hardship*, entonces —como último recurso— podría ser adecuada una transferencia como la que se propuso en este caso"(32). Pero la sentencia recuerda que ese gravamen sobre el empleador no es cualquier situación de onerosidad, dificultad o molestia; un empleador no sostiene la carga de la prueba mostrando simplemente que la adaptación es fastidiosa para la administración de la empresa o que provoca disfunciones en el desarrollo del trabajo(33). La Corte de apelación falla, por tanto, reenviando los autos al tribunal inferior con el fin de que modifique la decisión que daba por buena la actuación del empresario.

2.3. Elaboración jurisprudencial de un límite a la *reasonable accommodation* del empleador: *TWA v. Hardison*(34).

Larry G. Hardison fue contratado por la compañía aérea TWA para trabajar en unos complejos hangares de reparación y revisión en Kansas City. Con posterioridad, Hardison se inicia en la doctrina de la *Wordlwide Church of God*, y comunica a su superior que no puede trabajar en sábado, conforme a sus nuevas creencias. Se llega inicialmente a un acuerdo, propiciado por la ventajosa situación de Hardison en el *seniority system* del departamento donde trabaja. Un posterior cambio de sector laboral, que el propio Hardison solicitó, hace que se vea obligado a trabajar en sábado si quiere seguir en la empresa. El sindicato —órgano encargado de aplicar el sistema de antigüedad y de establecer los turnos de trabajo conforme a las necesidades que establece la compañía— se niega a alterar el *seniority system*. Hardison es despedido de su trabajo.

(32) 527 F.2d at 519.

(33) *We may assume that any accommodation would entail some hardship on the Company, but as we held in Cummings v. Parker Seal Co., 516 F.2d 544, 551 (6th Cir. 1975), "undue hardship is something greater than hardship", and an employer does not sustain his burden of proof merely showing that an accommodation would be bothersome to administer or disruptive of the operating routine* (527 F.2d at 520).

(34) *TWA v. Hardison*, 432 U.S. 63 (1977).

Ante la Corte Federal de Apelación, Hardison obtuvo un fallo favorable. Ese tribunal entendió que la empresa había rechazado tres razonables propuestas del objetor religioso, alternativas todas ellas que satisfacían —según la Corte— la obligación de buscar una acomodación al empleado sin que se produjera un gravamen indebido: o permitir al trabajador reducir su calendario semanal de trabajo a cuatro días, respetando así el *seniority system*, y emplear el quinto día otro trabajador, aunque esto causara algún problema a la empresa; o cubrir el turno de trabajo del objetor con otro empleado, aunque tuviera que pagarle por las horas extraordinarias realizadas; o bien quebrantar el *seniority system*, permitiendo al objetor cambiar su turno en sábado con el de otro trabajador libre de turno. TWA recurrió la sentencia ante el Tribunal Supremo Norteamericano, solicitando una revisión de las propuestas, entendiendo que todas ellas suponían rebasar el límite de una adaptación razonable, para exigirle cargar con un gravamen excesivo.

El Magistrado White, expresando el parecer de la Corte Suprema, señala que ni las EEOC Guidelines ni el Título VII modificado, aportan un criterio positivo para determinar el grado de adaptación que cabe exigir al empresario. Es decir, dónde termina su deber de adaptación a las creencias del trabajador, y cuál es el contenido objetivo de la cláusula normativa *undue hardship*; esto es lo que la Corte Suprema busca, no como cuestión abstracta que luego se aplica al supuesto concreto, sino como doctrina que surge de la cuestión que se le plantea.

La Corte Suprema deduce, de los hechos probados ante la Corte Federal de Apelación, que la empresa ha observado en el desarrollo del conflicto una actitud positiva ante la objeción que se planteaba. Entre otras cosas, buscó sin éxito un puesto más adecuado para Hardison. TWA había hecho todo lo posible por Hardison, dentro del sistema de antigüedad. Por tanto, la cuestión está en analizar si la empresa debe quebrantar el sistema de antigüedad ubicado en el convenio colectivo, en pro de la objeción laboral. La respuesta es negativa: prevalecen los intereses que subyacen en el sistema que se analiza sobre la objeción laboral planteada. El Tribunal concreta esos intereses en la fijación de un criterio objetivo, bilateral y no arbitrario que concilie en la medida de lo posible los deseos de los trabajadores de fijar a su

elección el día de descanso semanal y la necesidad de la empresa de que todos los turnos queden cubiertos las veinticuatro horas de todos los días de la semana. Por otro lado, prima un acuerdo global —el convenio colectivo— suscrito por el sindicato y la empresa, sobre uno particular empresa-objeto, que vendría a quebrantar el contenido del primero. También se ocupa el Tribunal Supremo de demostrar la congruencia de su conclusión con la propia legislación del Congreso que se debate: El *seniority system* es objeto de un tratamiento especial por el propio Título VII, en la Sección 703 (h): "Sin perjuicio de cualquier otra disposición de este subcapítulo, no constituirá actuación ilegal del empleador aplicar diferentes medidas de compensación o diferentes términos, condiciones o privilegios de empleo en consecución de un sistema de antigüedad o de mérito...siempre que esas diferencias no sean resultado de un intento de discriminar por razones de raza, color, religión, sexo o nacionalidad de origen"(35). Para la Corte Suprema, el propósito de esta norma fue salvar el sistema de antigüedad de una futura contienda de inconstitucionalidad.

En una decisión anterior, la Corte Suprema estimó la posibilidad de modificar en favor de personas discriminadas el sistema de antigüedad, para que gozaran de la preferencia que en justicia les correspondía(36). Pero, como es natural, declara en esta sentencia que ese precedente no es aplicable al caso, donde la política o intención legislativa del Congreso Federal pretende precisamente evitar una interpretación del Título VII que atente contra la antigüedad de unos empleados so capa de los derechos religiosos de otros.

(35) *Notwithstanding any other provision of this subchapter, it shall not be an unlawful employment practice for an employer to apply different standards of compensation, or different terms, conditions, or privileges of employment pursuant to a bona fide seniority or merit system... provided that such differences are not the result of an intention to discriminate because of race, color, religion, sex, or national origin...* 42 U.S.C.A. § 2000e-2.

(36) *This Court has long held that employee expectations arising from a seniority system agreement may be modified by statutes furthering a strong public interest. Franks v. Bowman Transportation Co., 415 U.S. at 778.*

Sentada la validez e intangibilidad del sistema de antigüedad(37), pasa el Tribunal Supremo a examinar el contenido —en clave económica— del gravamen excesivo o indebido (*undue hardship*) que limita la adaptación del empleador. Y cifra ese gravamen indebido en un coste sobre los mínimos, pero sin definir su contenido. Para ver cuál sea este debemos estar o bien a entenderlo *in genere* como adaptación llevada a cabo por el empleador que causa un insignificante impacto en sus decisiones(38) y en el desenvolvimiento de su actividad, o bien como coste económico(39) que no suponga para el empleador un desembolso superior al salario que actualmente da al trabajador, ya que superar este límite sería privilegiar al objetor religioso y al propio fenómeno de la religión: dar cumplimiento a la *Free Exercise Clause*, invadiendo los límites prohibidos por la *Establishment Clause*(40).

(37) Del sistema de antigüedad exclusivamente, pero no del convenio colectivo, pues —como después se verá— ese acuerdo global cede en los casos de objeción de conciencia a las aportaciones sindicales.

(38) Cfr. Tushnet, *The Constitution of Religion*, 18 Conn. L. Rev. 724 (1986); *Developments in the Law: Religion and the State*, 100 Harv. Law Review 1606, 1712 (1987).

(39) El concepto *de minimis* elaborado por la Corte Suprema, fue entendido inicialmente como coste económico, para posteriormente extenderse a otro tipo de gravámenes. Resulta interesante reproducir algunas frases de la sentencia *United States of America v. Board of Education for the School District of Philadelphia: In Trans World Airlines v. Hardison* (...) *the Supreme Court held that "to require [the employer] to bear more than a de minimis cost in order to [accommodate the employee's religious practice] is an undue hardship". (...) The sort of "de minimis cost" addressed in previous cases has usually been economic in nature. (...) Hardison did, however, recognize an arguably non-economic burden when it held that the employer could not be required to violate the seniority provisions of a collective bargaining agreement in order to ensure that plaintiff would not have to work on Saturdays.* 911 F.2d at 887.

(40) *To require TWA to bear more than a "de minimis" cost in order to give Hardison Saturdays off is an undue hardship. Like abandonment of the seniority system, to require TWA to bear additional costs when no such costs are incurred to give other employees the days off that they want would involve unequal treatment of employees on the basis of their religion.* 432 U.S. at 84.

Que la doctrina jurisprudencial norteamericana en materia de *Free Exercise Exemptions* es una de las áreas constitucionales más debatidas, viene demostrado por el *dissenting* de los magistrados Marshall y Brennan.

El ponente de la sentencia plantea la cuestión como si se tratara de un choque entre una legislación indiferente o neutral y la libertad religiosa. Dentro de este marco, cualquier exención que se otorgue a los objetores por motivos religiosos supone un trato preferencial, se de a quien se de.

Marshall y Brennan, sin embargo, entienden el supuesto desde otra perspectiva: estamos ante una ley aparentemente neutral, pensada para la mayoría religiosa de la sociedad americana, que adopta como día de descanso el domingo. Considerando la *free exercise clause* como garantía constitucional que protege a las minorías religiosas, la imposición del descanso en domingo sería inconstitucional para estos dos magistrados. No era esta la primera vez en la que la cuestión del domingo como día de descanso oficial se planteaba en la Corte Suprema, dudando de su constitucionalidad(41). Sin embargo, parece acertado entender que la fijación oficial del domingo como día de reposo, aun teniendo un origen religioso, ofrece un *primary effect* (intencionalidad primaria)(42) ajena a las comunidades religiosas: establecer un día de descanso común para todos los ciudadanos.

Con anterioridad a esta importante decisión de la Corte Suprema Federal, ya se habían fallado otros casos en los que la jurisprudencia tuvo que determinar los límites de la *reasonable accommodation*. No siempre esos límites apuntaron a que se evitara un gravamen excesivo o indebido en el desarrollo de la empresa, sino también a que no se produjera perjuicio excesivo sobre la sociedad en general o los servicios

(41) McGowan v. Maryland, 366 U.S. 420 (1961).

(42) Vid. ATL

públicos a ella destinados⁽⁴³⁾ y el resto de los trabajadores en particular. En esta línea se sitúa el caso *Williams v. Southern Union Gas Company*⁽⁴⁴⁾ del décimo circuito de la Corte Federal de Apelación. Se indica en ella que los términos legales *reasonable accommodation* y *undue hardship* son relativos, y que no se les puede dar una significación rígida e inflexible. La empresa —explica el juez McWilliams— se encuentra ante dos deberes: intentar adecuarse a las necesidades religiosas del empleado y servir al consumo público (aclaremos que se trataba de una empresa de suministro de gas) de modo ininterrumpido y continuo. Siendo así que la empresa siempre, con anterioridad a los hechos causantes del despido, había respetado las prescripciones religiosas del trabajador, hasta producirse una situación de emergencia en una instalación de gas que exigía el trabajo del objetor en sábado, realmente la conducta de la empresa —entiende el tribunal— es correcta y cumple los criterios legales exigidos.

También aparece el criterio moderador de los servicios públicos en otras sentencias federales, de las que destacaría dos. Por un lado, *United States of America v. City of Albuquerque*, en una habilidosa subsunción de la preservación del normal desarrollo de los servicios públicos en el concepto legal de *undue hardship on the conduct of the employer's business*⁽⁴⁵⁾. Por otro, *Dixon v. Omaha Public Power*

(43) Sobre la importancia del normal desarrollo de los servicios públicos en orden a la valoración del gravamen indebido cfr. Leopatka, *A 1977 Primer on the Federal Regulation of Employment Discrimination*, 1977 U.III.L.F. 69, 101 et seq., 1977. Vid. nota a pie de pág. no. 55.

(44) *Williams v. Southern Union Gas Company*, 529 F.2d 483 (10th Cir.1976).

(45) *United States v. City of Albuquerque*, 545 F.2d 110 (1976). El objetor religioso (Salomon Zamora, Adventista del Séptimo Día) es bombero en el servicio de incendios de la ciudad. Se negaba a emplear los medios reglamentariamente establecidos para evitar el trabajo en sábado: simplemente solicitaba tenerlos absolutamente libres, sin negociación alguna con sus compañeros (para cambiar turnos) ni con sus superiores. La Corte establece que, en este caso, constituye *business*, labor de la "empresa", la extinción de incendios, cuestión del mayor interés público, y que cuando el cometido de una empresa es la protección de las vidas y propiedades de ciudadanos, los tribunales deben ir con cuidado a la hora de reestructurar las prácticas de empleo que examinan.

District(46), donde la Corte de Distrito entiende que la adaptación a la observancia religiosa del objetor queda cumplida con trasladar al empleado a un puesto de menor retribución, puesto que conservar la misma categoría supone para la empresa serias dificultades para cumplir el suministro de fluido eléctrico(47).

2.4. La aplicación de la Enmienda Randolph: una protección más amplia para los *sabbatarian* en *Redmond v. GAF Corp.*(48).

En 1978, ante el séptimo circuito de la Corte federal de apelación, se presenta los hechos siguientes: Redmond, miembro de los Testigos de Jehová, fue designado encargado de las clases de estudio de la Biblia por las autoridades de su confesión. Estas clases se venían desarrollando en domingo. Pero al trasladarse al sábado, entran en conflicto con el horario de trabajo. Informó a la empresa de este hecho. Tras una ausencia al trabajo —también por motivos religiosos: asistencia a un encuentro confesional en Milwaukee durante las vacaciones, habiendo pedido la empresa su presencia, de modo extraordinario, en el trabajo para inventariar—, se disponen los turnos de modo que Redmond deba trabajar en sábado. Protesta sin éxito ante su superior inmediato e intenta también una entrevista con un jefe de personal de la empresa. Finalmente es despedido por su negativa a trabajar en sábado.

La sentencia de la Corte de Apelación indica que la protección del Título VII se ha venido otorgando en situaciones de *sabbatarianism* o a prácticas específicamente ordenadas o prohibidas por los dogmas o principios de una confesión religiosa (cosa que no se da en este caso). Sin embargo, el tribunal entiende también que el Título VII no está limitado a ese tipo de categorías, por dos motivos: primero, las propias palabras del *statute* no son limitativas (*the term 'religion' includes all aspects of*

(46) *Dixon v. Omaha Public Power District*, 386 F.Supp. 1382 (D.C.Neb. 1974)

(47) En esta decisión tiene cierto peso implícito el hecho de que el objetor perteneciera a una rama escindida de la *World Wide Church of God* que no exige tan estrictamente la observancia del *sabbath* (Ibid. at 1385).

(48) *Redmond v. GAF Corp.*, 574 F.2d 897 (7th Cir.1978)

religious observance and practice, as well as belief); segundo: la determinación de si una conducta concreta viene exigida por los estrictos mandatos o dogmas de una confesión es una práctica judicial irreconciliable con la doctrina de la Corte Suprema en *Fowler v. Rhode Island*(49). Para el apelante, la asistencia a las clases en calidad de encargado de las mismas constituye una auténtica *religious obligation*. Por lo tanto, para este circuito de apelación (al igual que para el quinto y sexto circuitos, que ya habían tenido oportunidad de pronunciarse sobre la cuestión en situaciones similares) la conducta que está *religiously motivated* queda protegida. Esto supone una subjetivización del problema, avalada en cierto modo por el desarrollo posterior de la jurisprudencia: conducta motivada por razones religiosas, conducta protegida. Ciertamente es que, como veremos más adelante, el peligro del fraude vía subjetivización se compensa con la construcción jurisprudencial del *prima facie case*, que exige del objetor la asunción de las consecuencias de su conducta manifestado en los hechos (generalmente el despido laboral) como garantía de unas creencias *sincerely held*.

Por lo demás, el tribunal hará un pronunciamiento de interés respecto a una alegación del demandado (la empresa GAF): la adaptación a las necesidades religiosas del trabajador (*reasonable accommodation*) es una cuestión de hecho, no de derecho, y por lo tanto no cabe revisión de la misma en apelación(50).

(49) *Fowler v. Rhode Island*, 345 U.S. 67, at 69-70 (1953): *Apart from narrow exceptions, such as the advocacy of bigamy, it is no business of courts to say what is a religious practice or activity for one group is not a religion under the protection of the First Amendment. Nor is it in the competence of courts to approve, disapprove, classify, regulate, or in any manner control sermons delivered at religious meetings.*

(50) Se trata, como decimos, de un pronunciamiento de interés, porque los *defendant-appellant* en casos similares se aferran a este "clavo ardiente" con el fin de que el tribunal revise la *accommodation* (habiéndola ellos previamente "adornado" en sus escritos de alegaciones en apelación) por si eventualmente prosperara ante el tribunal, obteniendo así una calificación favorable de *reasonable*.

2.5. La configuración jurisprudencial del término *undue hardship*: *Wren v. T.I.M.E.-D.C., Inc.* (51).

Hasta ahora hemos visto alguna característica de esa adaptación —*accommodation*— a las creencias del empleado (la permanencia del trabajador en un puesto de categoría semejante) que exige el Título VII. Pero la *reasonable accommodation* es un término relativo: dependerá su carácter de las circunstancias concretas del caso. Esto se manifiesta claramente en *Wren v. T.I.M.E.-D.C.*: los problemas financieros por los que atraviesa la empresa hacen que una adaptación normal exigible a un empresario, en estas circunstancias, constituya verdadero *undue hardship* para el empleador.

Wren es miembro de la *Wordlwide Church of God*. Esta confesión entiende que el *Sabbath* (que se celebra desde el atardecer del viernes hasta el amanecer del domingo) es un día de descanso en el que no se puede trabajar. Wren trabaja en la empresa T.I.M.E.-D.C., que se dedica a portes por carretera mediante camiones. La fijación de turnos de reparto está subordinada a la antigüedad de los trabajadores en la empresa (*seniority system*). Wren informó en su día a sus superiores en la empresa acerca de sus creencias respecto al *Sabbath*, y les indicó que sólo podía trabajar en ese día en caso de emergencia. A consecuencia de esta conversación, se dispuso que Wren permaneciera en un turno en el que podía —de ordinario— evitar los repartos en sábado. Este compromiso duraría tres años. Posteriormente, la crisis financiera de la empresa obliga a una fuerte reducción de personal y a una mayor ocupación de los conductores en los turnos, lo que supondrá para Wren tener que trabajar incluso en sábado, a pesar de su antigüedad en la empresa. Vuelve a informar a sus superiores de su incapacidad moral de trabajar en sábado, pero no obtiene respuesta positiva a sus demandas. En 1977, después de varias ausencias en sábado (alegando enfermedad, cita con el médico, etc.) Wren es despedido.

El recurso se plantea ante la Corte de Apelación, noveno circuito. Este

(51) *Wren v. T.I.M.E.-D.C., Inc.*, 595 F.2d 441 (9th Cir.1979)

tribunal, siguiendo los criterios de la Corte Suprema en *Trans World Airlines v. Hardison*, entiende que el empresario no está obligado a adoptar medidas en beneficio del empleado cuando estas supongan un coste superior al *de minimis*. Los gastos originados por la *reasonable accommodation* propuesta por Wren, suponen —en casos extremos, como el de que no se encuentre sustituto en la propia empresa, por estar todos los conductores en ruta, teniendo que contratar extraordinariamente repartidores para atender a portes concretos— un coste superior al *de minimis*. El demandado ha cumplido con su deber legal, ya que una adaptación a las necesidades del empleado le supone el *undue hardship*, límite o techo a la adaptación reglamentada en el Título VII.

2.6. Los problemas de los *sabbatarian* en el acceso al trabajo: *Minkus v. Metropolitan Sanitary District*(52).

El *sanitary district* de la ciudad de Chicago había convocado una oposición para cubrir plazas de personal administrativo. El examen queda fijado en sábado. Uno de los aspirantes a las plazas —Herbert Minkus, judío ortodoxo— solicita un cambio de día en tres ocasiones distintas, ya que el *Sabbath* es día de descanso en su religión. El *sanitary district* se limita a dar por recibida las peticiones de H. Minkus, pero no varía el día de examen. Minkus demanda al organismo oficial y, en primera instancia, ante la Corte de Distrito, ve rechazada su pretensión por el *motion to dismiss*(53) acogido por el tribunal. En apelación, conoce de los autos el séptimo circuito.

En esta instancia, el organismo oficial defiende que, puesto que la ley de Illinois ordena que los exámenes sean "públicos y competitivos", esto exige que los candidatos los realicen en condiciones exactamente iguales y, por tanto, que sean simultáneos. Sin embargo, el Tribunal de apelación entiende que de la ley del Estado

(52) *Minkus v. Metropolitan Sanitary District*, 600 F.2d 80 (7th Cir.1979)

(53) Alegación del demandado sobre la falta de fundamentación de la pretensión del actor.

de Illinois no se sigue la simultaneidad de los exámenes escritos. Si la simultaneidad fuera consecuencia necesaria de esa exigencia legal —públicos y competitivos—, resultaría que los exámenes orales que se efectuaran por el *sanitary district* nunca serían conformes con la ley, ya que no son simultáneos. Por otra parte, la prueba documental aportada muestra cómo otros organismos oficiales del mismo Estado (con los mismos condicionantes legales) no tienen reparo alguno en realizar las adaptaciones necesarias en sus concursos y oposiciones para el caso de que haya personas que, por motivos religiosos, no puedan realizar las pruebas y ejercicios en el día de la convocatoria.

El *sanitary district* alega también que de una *accommodation* a las necesidades religiosas de H. Minkus se seguiría *undue hardship* por dos motivos: la potencial amenaza de recursos (entiendo que de los otros opositores, que puedan ver privilegio en la adaptación) y el coste administrativo que supone realizar un examen separado. El tribunal rechaza estos argumentos, indicando que no constituyen *undue hardship* para el organismo público.

El ponente finaliza la exposición de la sentencia de forma contundente: insiste en la obligación del Organismo de adaptarse a las necesidades religiosas de los potenciales empleados en este tipo de casos. Cabría esperar —dice también— de un organismo público que se anticipara y planeara con antelación algunas adaptaciones razonables para aquellos opositores pertenecientes a grupos religiosos que constituyen un significativo grupo de la comunidad.

En *concurring opinion*, Pell, uno de los miembros del tribunal, aborda un tema de interés para sentencias que posteriormente expondremos: la alegación del *sanitary district* de que no tiene sentido facilitar al objetor una acomodación dirigida a que pueda realizar el examen en un día distinto al *Sabbath*, si en el potencial empleo se va a ver obligado a trabajar en ese día. Pell indica que la protección del Título VII en este área no sólo se extiende al empleo actual, sino también al empleo futuro o potencial; apoya su tesis en dos casos anteriores: *Jordan v. North Carolina*

National Bank(54) y *Reid v. Memphis Publishing Company*(55). En ellos, el empleado accedería al puesto deseado de no ser por su objeción al trabajo en un determinado día de la semana. Sin embargo, en este pleito para que el dilema se plantee —o quebrantar los principios religiosos o aceptar el trabajo sin condición alguna— es necesario primero que H. Minkus obtenga la plaza a la que aspira, cosa que coloca el problema alegado en una débil posición, en el mundo de los futuribles(56).

(54) *Jordan v. North Carolina National Bank*, 565 F.2d 72 (4 th Cir. 1977). Según esta decisión, la exigencia de la empleada, Adventista del Séptimo Día, de una garantía de tener todos los sábados libres como condición previa al empleo constituye *undue hardship* para el empresario.

(55) *Reid v. Memphis Publishing Company*, 369 F.Supp. 684 (W.D.Tenn. 1973). El tipo de trabajo que el objetor (Adventista del Séptimo Día) demanda (corrector de originales en imprenta de periódico) no permite acceder a su petición previa a la contratación de tener todos los sábados libres.

(56) En su exposición, el juez Pell cita en varias ocasiones al profesor Kenneth T. Leopatka, experto en derecho laboral americano. Su cuidadoso análisis de supuestos similares (Leopatka, *A 1977 Primer on the Federal Regulation of Employment Discrimination*, 1977 U.III.L.F. 69, 101 et seq., 1977) aconseja sintetizar sus opiniones recogidas en la sentencia: Puesto que los casos que contienen cuestiones sobre *reasonable accommodation* o *undue hardship* dependen en gran medida de los singulares aspectos de los hechos, resulta muy difícil obtener unos principios generales a partir de esos conflictos. El proceso de decisión judicial supone valorar el *quantum* de *hardship* que sufre el empresario en las distintas adaptaciones posibles y los concomitantes gravámenes que causan esas adaptaciones en el empleado. El resultado de ese *balancing process* se resiste a una precisa predicción. Los factores más importantes en juego a la hora de determinar el gravamen indebido o excesivo son: el volumen de la fuerza de trabajo, el tipo de turnos fijados en la actividad empresarial, la categoría laboral del objetor, la existencia de un equipo de sustitutos cualificados, el riesgo de deterioro de los servicios públicos esenciales y los peligros para la seguridad que se siguen de una reducción de personal o de requerir a unos empleados que trabajen en turnos sucesivos para sustituir al objetor. Leopatka esboza también el problema de si el Título VII, en materia laboral, no roza la inconstitucionalidad al sentar preferencias legislativas en favor del objetor religioso frente al empresario y a los demás trabajadores de la empresa, contra lo dispuesto en la *Establishment Clause* de la Primera Enmienda que exige la neutralidad del Estado frente a la religión ("El Congreso no elaborará ninguna ley respecto al establecimiento (oficial) de religión alguna..."). Es este un problema objeto de alegaciones en otras sentencias que iremos exponiendo.

Por todo lo anterior, la Corte de Apelación rechaza el *motion to dismiss* del tribunal federal de distrito y reenvía los autos a este para que el proceso continúe a la luz de las consideraciones hechas por el Séptimo Circuito.

2.7. Protección a los *sabbatarian* desde la legislación estatal: *Thornton v. Caldor*(57).

Esta sentencia de la Corte Suprema Federal ha sido clasificada por los autores dentro del conjunto de aquellas que deciden sobre la constitucionalidad de las *sunday closing laws*(58) estatales americanas. El conjunto de estas decisiones en materia de descanso dominical no se incluyen como parte de las objeciones de conciencia, ya que el régimen de estudio constitucional es la *Establishment Clause*: se trata de dilucidar si el Estado pierde su neutralidad por establecer un día de inactividad

(57) *Estate of Thornton v. Caldor*, 472 U.S. 703 (1985).

(58) Estas decisiones jurisprudenciales se refieren a la validez constitucional de las leyes estatales que prohíben la mayor parte de la actividad comercial en domingo, ya que el Estado tiene un interés preponderante de facilitar a los ciudadanos un día de descanso laboral. Estas normas son un ejemplo típico de legislación de bienestar. Sin embargo, se suele establecer unas excepciones a la restricción genérica para las empresas y servicios necesarios (seguridad, empresas de ocio, etc.); por ello, se permite la apertura de algunos establecimientos de alimentación, de empresas de deporte profesional, parques de atracciones, etc. En Norteamérica, las confesiones religiosas más afectadas por este tipo de legislación han sido los Judíos y los Adventistas del Séptimo Día. Los Judíos consideran que el pasaje del Exodo 20:8-11 es de ley divina, día de culto, meditación y reposo. Por su parte, los Adventistas consideran que la venida de Cristo a la Tierra no ha variado el día de culto y reposo, establecido desde el principio de la Humanidad por Dios en el Séptimo día de la Creación. Por tanto, una legislación que impone como día de descanso oficial el Domingo coloca en un posición de desventaja económica a los *sabbatarians*, de modo que estos objetan a la normativa general, no obstante las sanciones que esto puede conllevar. Cfr. Barbara J. Redman, *Sabbatarian Accommodation and the Supreme Court*, 33 JCS 494, 496 y ss. (1991); Robert T. Miller y Ronald B. Flowers, *Toward Benevolent Neutrality: Church, State and the Supreme Court* (3rd Ed.), Markham Press Fund of Baylor University (1987), pág. 289 y ss. Sea como fuere, con el fin de ajustarse a el tratamiento legal de la objeción de conciencia en EUA en cuanto a la legislación general, sólo expondré las decisiones en las que la *Free Exercise Clause* ha tenido relevancia en la decisión jurisprudencial.

comercial vinculado a confesiones religiosas mayoritarias.

Sin embargo, no se puede obviar el estudio de la decisión *Thornton* por cuanto, aparte de no ser una *sunday closing law* propiamente dicha, plantea una cuestión altamente interesante: la adaptación a las necesidades religiosas del empleado se hace en esta ley una cuestión rígida, a respetar en todo caso, sin que quepa por tanto negociación alguna ó moderación jurisprudencial de esas necesidades religiosas en virtud del *undue hardship*.

Efectivamente, hasta 1985 la legislación del estado de Connecticut establecía que ningún empresario podrá exigir de un empleado que trabaje en el día en que éste observa el descanso religioso⁽⁵⁹⁾. A principios del año 1975, Donald E. Thornton comenzó a trabajar para Caldor, Inc., una cadena de establecimientos comerciales de New England. En aquel momento, las tiendas de Caldor, Inc. cerraban en domingo, conforme a la legislación del Estado⁽⁶⁰⁾. En 1977, conforme a la revisión de esta *sunday closing law* realizada por el legislativo, Caldor abre sus establecimientos al negocio en domingo. Se exigió a Thornton, presbiteriano que observaba el domingo como *sabbath*, que cumpliera con la nueva exigencia de la empresa (trabajar un domingo al mes), cosa que hizo los años 1977 y 1978. Sin embargo, en noviembre de 1979 Thornton informa a la empresa de que no trabajará más en domingo, por ser día de descanso religioso protegido por el Estado de Connecticut, según supo al consultar a su abogado. Donald Thornton rechazó la oferta del empleador de ser transferido a una empresa de Massachusetts que cerraba siempre en domingo, o bien permanecer en su actual ciudad en un puesto que no exigía el trabajo dominical, pero de menor rango y salario. Caldor, Inc. rebajó la categoría profesional de Donald Thornton y este dimitió de su puesto, no sin dirigir una reclamación al *State Board of Mediation and Arbitration*, alegando un despido que infringía las leyes del Estado.

(59) *No person who states that a particular day of the week is observed as his Sabbath may be required by his employer to work in such day. An employee's refusal to work on his Sabbath shall not constitute grounds for his dismissal.* Conn.Gen.Stat. § 53-303e(b) (1985).

(60) Este tipo de legislación fue declarada inconstitucional en 1976: *State v. Anonymous*, 33 Conn.Supp. 55, 364 A.2d 244 (Com.Pl.1976).

Ese órgano administrativo resolvió en favor de Thornton. La cuestión llega al Tribunal Supremo de Connecticut, que entiende que la norma alegada infringe la *Establishment Clause* según los parámetros habituales de análisis jurisprudencial constitucional (*secular purpose/primary effect/advancing religion*). La Corte Suprema norteamericana concede *writ of certiorari*(61) y reafirma la sentencia de la Corte Suprema estatal en una decisión de la que es ponente el magistrado Burger y de la que disiente, como era de esperar, William Renhquist.

El esquema de análisis de la decisión es el propio de las cuestiones que se deciden bajo el *Lemon test*(62). Realmente, una aplicación literal de dicho esquema de neutralidad arroja un resultado negativo para la ley del estado de Connecticut: se garantiza el descanso sabático en consideración a que es un precepto religioso, que queda reforzado por la ley civil (no hay *secular purpose*); se dota a los trabajadores de un absoluto e incondicional derecho a designar el día de reposo que, conforme a su confesión, deba observarse; y puede decirse que promociona las religiones indirecta o incidentalmente.

Por tanto, la Corte Suprema rechaza la posibilidad de un tratamiento legislativo incondicional del descanso religioso. Para algunos autores, esto viene a confirmar que la vía jurisprudencial, *case by case*, es la apropiada para el tratamiento de la objeción de conciencia al trabajo en determinados días de la semana, dentro de un marco legislativo flexible (no discriminación en el empleo)(63). Al menos, así cabe deducirlo de las palabras del magistrado Burger en la decisión. Pero el problema concreto del caso no es si debe o no ser una cuestión cuya sede de resolución esté en

(61) Vid. ATL.

(62) Vid. ATL

(63) *Historically, those who have opposed free exercise accommodation have feared that the majority will unconstitutionally advantage particular religious interest. This fear is warranted only when legislatures rather than courts create accommodations.* 100 Developments.- Religion and the Law, Harv.L.Rev., 1606, 1728 (1987). *The fear that the free exercise accommodation will violate the establishment clause is greatest when the accommodation is legislative created.* Ibid. pág. 1737.

la jurisprudencia o en la legislación. La cuestión medular es que la norma declarada inconstitucional no permite la evaluación de las consecuencias desventajosas para el empleador, no deja lugar a la consideración de si el empresario ha realizado adaptaciones razonables a las necesidades del trabajador. Este goza de un derecho incondicionado y absoluto y, en el esquema de libertad religiosa que propugna la Corte Suprema, no cabe tal derecho cuando se entiende la libertad de creencias como *freedom to act*.

2.8. La configuración de un tratamiento jurisprudencial específico para los *sabbatarian*: *Protos v. Volkswagen of America*(64).

Angeline S. Protos es miembro de la *Worldwide Church of God*. Según su confesión, el sábado es día de descanso, y su inobservancia es causa de excomunión. Contratada por la empresa Volkswagen para trabajar en la cadena de montaje de New Stanton, Pennsylvania, desarrolla su cometido conforme a un inicial calendario semanal de lunes a viernes. Al anunciar la empresa un aumento del horario semanal —incluía el sábado— A. Protos comunica a su superior su pertenencia a la confesión antes mencionada. El superior le dice que, aunque no cree que pueda ser excusada de no trabajar en sábado, buscará alguna posible solución a su problema. Posteriormente, A. Protos eleva a su superior un pequeño informe de su Ministro religioso que indica que —de acuerdo con sus creencias— no hay excepciones a ese principio del descanso en el *sabbath*. La empleada falta a su trabajo tres sábados consecutivos. A la cuarta ausencia, Volkswagen entrega a Protos un escrito de advertencia formal, primer paso en el gradual sistema disciplinario de la empresa. La empleada se dirige a la EEOC alegando que la actuación de la empresa infringe el Título VII de la *Civil Rights Act*. A consecuencia del recurso, Volkswagen intenta transferir a la empleada a un puesto en el que no tenga que trabajar en sábado, pero tal transferencia exige violentar el *seniority system* contemplado en el convenio colectivo de trabajo. El sindicato se niega a derogar el *seniority system* para este caso, y la transferencia no se realiza. A. Protos se ausenta del trabajo dos sábados más y

(64) *Protos v. Volkswagen of America*, 797 F.2d 129 (3rd Cir. 1986).

es despedida.

Protos demanda a la empresa ante la Corte Federal de Distrito. Esta falla en favor de la empleada. La empresa recurre ante la Corte Federal de Apelación, Tercer circuito. La cuestión principal que se plantea ante este último Tribunal es determinar si es acertado el fallo de la Corte de Distrito: que la *accommodation* exigida por la objetora no causa *undue hardship* a la empresa.

La sentencia señala que, desde *Hardison*(65), algunos tribunales federales de apelación han sentado los criterios a emplear para evaluar los *religion accommodation cases*. Entre estos criterios, destaca que el demandante-objeto debe establecer un *prima facie case* (presentar en la demanda unos indicios de prosperabilidad), con el siguiente contenido: 1/ tener una creencia religiosa de buena fe, que entraría en conflicto con las exigencias del empleo; 2/ haber informado al empresario sobre esta creencia religiosa; 3/ haber sido sancionado por negarse a cumplir con las exigencias impuestas por el empleo(66). El efecto procesal del establecimiento (en fase de alegaciones) de este *prima facie case* es la inversión de la carga de la prueba: el empresario o empresa deberán demostrar que no cabe *reasonably accommodation* sin incurrir en *undue hardship*. En definitiva, este planteamiento procesal no es más que la lógica consecuencia del enunciado de la enmienda Randolph que muestra así, en el campo del derecho "en acción", la protección contra la discriminación por motivos religiosos(67).

(65) *Trans World Airlines v. Hardison*, 432 U.S. 63 (1977).

(66) Esta concreta caracterización se debe a la sentencia *Turpen v. Missouri-Kansas-Texas Railroad Co.*, 736 F.2d 1022 (5th Cir. 1984).

(67) Por otro lado, este efecto procesal es común al que se opera en otros ámbitos de los llamados derechos civiles en el ordenamiento norteamericano. *Once an issue has accordingly been placed on that special level of scrutiny, the Court in effect shifts the burden of proof of its constitutionality to the legislature and/or the executive and requires that it demonstrate a "compelling state interest" for its legislative classification -as it succeeded in doing, for example, in the Japanese Evacuation Case of 1944.* Henri J. Abraham, *Freedom and the Court*, Oxford University Press, 1982, pág. 15.

La Corte de Apelación examina, una por una, las alegaciones de la empresa Volkswagen. En primer lugar, Volkswagen defiende que, puesto que A. Protos solicitó una garantía de tener libres todos los sábados, no cabe —ante tal postura cerrada al diálogo— articular *accommodation* alguna. Esta alegación se apoya en el precedente *Jordan v. North Carolina National Bank*(68). La Corte de Apelación considera que esa sentencia no constituye precedente(69) puesto que su doctrina no ha sido seguida por otros tribunales. Acogerse a *Jordan* supondría, en definitiva, hacer inefectiva la protección que el Título VII otorga a los objetores: la negativa a trabajar en sábado es una premisa de la *accommodation*, no un elemento que pueda discutirse en la negociación singular empresario-trabajador. Así lo entiende la Corte Suprema en *Hardison*(70).

En segundo lugar, la empresa advierte que la *accommodation* a las exigencias religiosas de la empleada supera el coste *de minimis*, establecido en *Hardison*. Por

(68) 565 F.2d 72 (4th Cir. 1977). En esta sentencia, una ex-empleada del *North Carolina National Bank* pretendía volver a su puesto en esa empresa —que tiempo atrás había abandonado voluntariamente— tras haber adoptado el credo de los Adventistas del Séptimo Día. No fue readmitida por el Banco, ya que la empleada solicitaba una garantía por parte del empresario de que nunca se vería obligada a trabajar en sábado. El Cuarto Circuito de la Corte Federal de Apelación entiende que pedir ese tipo de garantías es irrazonable y va más allá de cualquier adaptación, con lo cual entiende correcta la postura negativa de la empresa a la readmisión. Sin embargo, en *dissenting* el magistrado Winter expresa su opinión de que lo que la legislación exige a la empresa es un esfuerzo por adaptarse a las necesidades religiosas de la empleada, una negociación que no puede quedarse en la mera negativa del banco ante la exigencia para trabajar de la ex-empleada; Winter señala que el banco no se ha molestado en investigar si entre sus 1.261 puestos de trabajo hay alguno en el que la ex-empleada pueda encontrar satisfacción a su "garantía sabática", y que —frente al supuesto concreto que se planteaba en *Hardison*— las empresas bancarias tienen un calendario semanal que normalmente excluye el sábado como día de trabajo de toda la plantilla, sin que esta realidad suponga, para la empresa, una pérdida de beneficios.

(69) Vid. ATL case law authority.

(70) La sentencia (797 F.2d at 134) dice expresamente: *Indeed, the Hardison court itself proceeded on the premise that a Sabbath observer was entitled to be accommodated by her employer, and that the only question was "the reach of that obligation" on the part of the employer.* 432 U.S. at 66.

tanto, se incurriría en *undue hardship*. Esta fue una de las cuestiones más debatidas en primera instancia. La prueba, dice la Corte de Apelación, muestra que Volkswagen mantiene de forma regular un equipo para sustituciones de personal ausente. A. Protos aportó testigos que manifestaron que su tarea puede ser fácilmente aprendida, y que la cadena de montaje funciona con igual eficacia cuando realiza ella el trabajo que cuando es sustituida por uno de los miembros de ese equipo. No hay, por tanto, para el tribunal, un coste superior al *de minimis*: la ausencia de la empleada no supone un gasto adicional para la empresa, en la medida en que, estando ella presente los sábados o no, el equipo de sustituciones es parte de la plantilla y está destinado a realizar los cometidos de los trabajadores ausentes.

También alega Volkswagen que las exigencias de *religious accommodation* del Título VII infringe la *Establishment clause* de la Primera enmienda constitucional.

El motivo que fundamenta esta alegación de la compañía radica en que el *statute* confiere un privilegio a la religión, ya que, exigiendo del empresario una adaptación a las prácticas religiosas de los trabajadores, consistente en tener un día libre, no exige *accommodation* ninguna respecto de trabajadores que también querrían tener tiempo libre para, por ejemplo, dedicarlo a su familia. La Corte de Apelación rechaza estos argumentos, indicando que cuatro circuitos⁽⁷¹⁾ han llegado a la conclusión de que no hay inconstitucionalidad alguna en el Título VII, aplicando el test que, en *Lemon v. Kurtzman*⁽⁷²⁾, establece el Tribunal Supremo de los Estados Unidos.

No se conforma el Tribunal con indicar que otros han comprobado la constitucionalidad del Título VII, sino que procede a examinar por sí mismo esta

(71) *Mc. Daniel v. Essex International, Inc.* 696 F.2d 34 (6th Cir. 1982); *Tooley v. Martin-Marietta Corp.*, 696 F.2d 1244 (9th Cir. 1981); *Nottleson v. Smith Steel Workers D.A.L.U.*, 643 F.2d 445 (7th Cir. 1981); *Hardison v. T.W.A.Inc.*, 527 F.2d 33 (8th Cir. 1975). *These courts have declared that the statute works to protect freedom of conscience and prevent discrimination against adherents of minority faiths.*(797 F.2d at 135).

(72) 403 U.S. 602, 612-613. Vid. ATL

afirmación aplicada al caso concreto. De sus razonamientos se extrae algunos puntos de interés.

El Título VII no exige, frente a la ley de Connecticut tachada de inconstitucionalidad en *Thornton v. Caldor*(73), una total preferencia de las prácticas religiosas del empleado, sino que permite examinar el gravamen que se causa sobre los demás empleados y sobre la empresa, y faculta para evaluar si el empleador ha intentado adaptarse al empleado. También indica la sentencia, más adelante, que cualquier efecto que el Título VII pudiera tener de promoción de la religión, aparece como incidental respecto a su efecto primario de promocionar la libertad de conciencia y proscribir la discriminación en el mundo laboral. La *religious accommodation* del Título VII trata de minimizar los sacrificios económicos que se impondrían a los ciudadanos a causa de sus principios espirituales. Este esfuerzo —positivo— no está prohibido en modo alguno por la *Establishment Clause*.

2.9. Consolidación de la doctrina jurisprudencial de la Corte Suprema norteamericana en los *unemployment cases*.

Los abatares de la jurisprudencia en materia de objeciones laborales no son ajenos a cuanto sucede en el amplio campo de la libertad religiosa. Ciertamente, las decisiones del Tribunal Supremo sobre la *free exercise clause* afectan a cuanto las Cortes federales y estatales dictaminen sobre el tema. Sin embargo, el peso de los precedentes en esta materia han establecido un área de calma en el fluctuante y difícil océano de la jurisprudencia federal.

Thomas v. Review Board(74) podría haber planteado un nuevo punto de debate si tenemos en cuenta su *fattispecie* y los argumentos de derecho que arrostraba consigo desde la sentencia emanada del tribunal supremo del Estado de Indiana. El

(73) *Estate of Thornton v. Caldor*, 472 U.S. 703 (1985)

(74) *Thomas v. Review Board of Indiana Employment Sec. Division*, 450 U.S. 707 (1981).

demandante es testigo de Jehová. Empezó a trabajar para *Blaw-Knox Foundry and Machinery Co.*, una industria de acero laminado que, tras un año, le traslada a un área donde se fabrican torretas para carros de combate. Al poco tiempo de comenzar su nueva tarea, toma conciencia de la labor que realiza, juzgándola cooperación directa al belicismo. Busca una transferencia a otro departamento o planta de producción, pero comprueba que los otros departamentos de la empresa se dedican a la producción de armamento. Finalmente dimite y solicita subsidio de desempleo al Estado conforme a la *Indiana Security Act*(75), pero le es denegado por cuanto esta dimisión se ha realizado "sin causa justa alguna en conexión con su trabajo". También se estima en la jurisprudencia estatal que el supuesto planteado por Thomas es más una elección filosófica que un imperativo religioso y moral, por cuanto otro trabajador de Blaw-Knox, de la confesión de los testigos de Jehová, estimaba que la fabricación de carros de combate no era contrario al contenido de las Sagradas Escrituras.

¿Qué dice la Corte Suprema Federal sobre el particular? El ponente de la decisión, Warren E. Burger, no tiene inconveniente en invocar la decisión *Sherbert* como precedente adecuado en la materia, a pesar de las diferencias que se pretendía establecer entre este supuesto y el caso de Mr. Thomas.

Por una parte, no cabe duda para el ponente de que los motivos de la objeción son religiosos en su origen. Y ello no se ve empañado por el hecho de que otro testigo de Jehová juzgue que esta cooperación indirecta al belicismo no es "escriturísticamente aceptable". Las Cortes de Justicia —indica la sentencia— no son competentes para indagar acerca de la corrección del juicio moral emitido por el sujeto a partir de los preceptos de su confesión. No son, por tanto, técnicos de la interpretación escriturística(76). Tampoco acepta el tribunal la argumentación de

(75) Ind. Code § 22-4-1-1 (1976 y Supp. 1978).

(76) *Intrafaith differences of that kind are not uncommon among followers of a particular creed, and the judicial process is singularly ill equipped to resolve such differences in relation to the Religion Clauses. (...) Particularly in this sensitive area, it is not within the judicial competence to inquire whether the petitioner or his fellow worker more correctly*

que el gravamen sobre la libertad religiosa es solamente indirecto. Algo parecido se alegó en el caso *Sherbert*, y también se rechazó sin contemplaciones, en la medida en que el Tribunal puso su interés en el hecho de que ante el objetor se pone el dilema de seguir el juicio moral de su conciencia, perdiendo los beneficios estatales, o abandonar en este punto los dictados morales para disfrutar de dicho beneficio material. Tampoco duda el tribunal en conceder el subsidio de desempleo, a pesar de la alegación de futuros fraudes o de ampliación de reclamaciones de subsidio por motivos religiosos. La Corte prefiere esperar a que tal hecho pueda probarse "actualmente" para comprobar su certeza⁽⁷⁷⁾.

De ningún modo queda el magistrado Rehnquist satisfecho con la decisión, como manifiesta su *disenting opinion*. Las bases de su voto particular son varias. Destaca sus argumentos sobre la existencia de una tensión entre las dos cláusulas religiosas de la Primera Enmienda. Una tensión que se ve acrecentada por la legislación de bienestar, la doctrina de la incorporación vía Decimocuarta Enmienda y la interpretación expansiva de las dos cláusulas religiosas, más allá de su tenor literal, y que de ninguna forma pudo ser prevista por los autores de la Constitución. También señala Rehnquist que existen diferencias importantes entre esta decisión y *Sherbert*, por cuanto no se establece discriminación entre motivos personales en la ley de Indiana, cosa que sí ocurría en el caso de 1963. También llama la atención que Rehnquist manifieste su temor sobre la constitucionalidad de la decisión si se estudia la cuestión desde la *Establishment Clause*.

En el caso de la sentencia *Hobbie v. Unemployment Appeals Commision of Florida*⁽⁷⁸⁾ de 1987 también había un riesgo latente de asistir a un giro

perceived the commands of their common faith. Courts are not arbiters of scriptural interpretation. 450 U.S. at 715 y 716.

⁽⁷⁷⁾ *No evidence in the record to indicate that the number of people who find themselves in the predicament of choosing between benefits and religious beliefs is large enough to create "widespread unemployment", or even to seriously affect unemployment* (450 U.S. at 719).

⁽⁷⁸⁾ *Hobbie v. Unemployment Appeals Commission of Florida*, 107 S.Ct. 1046 (1987).

copernicano en la orientación de los *unemployment cases*. El motivo de esta posibilidad era que a esta decisión le había precedido el caso *Bowen v. Roy*(79), en la que el magistrado Burger propuso abiertamente un nuevo *test* o *standard* de examen para exenciones en materia religiosa, basados en la Primera Enmienda: prevalece cualquier normativa estatal que sea neutral y uniformemente aplicada si el gobierno demuestra que su regulación legal es un medio razonable o racional para promover el legítimo interés público(80).

El supuesto del caso *Hobbie* fue el siguiente: Lawton & Co., empresa de joyería, de Florida, contrató a Paula Hobbie por dos años y medio en 1981. En abril de 1984 Paula Hobbie informa a sus supervisores de que iba a ser bautizada en la Iglesia Adventista y que, por motivos religiosos, no podría seguir trabajando desde la tarde del viernes a la tarde del sábado. Se llega a un acuerdo, conforme al cual Hobbie trabajaría todas las tardes y el Domingo, pero sería sustituida siempre que le correspondiera trabajar en sábado. Este acuerdo permanece hasta junio de 1984. En ese mes, se entrevistan con un directivo de la empresa Hobbie y un ministro religioso de la Iglesia Adventista; el directivo informa a la objetora que o bien se somete a los turnos de trabajo que le corresponden o bien debe dimitir. Negándose a trabajar en sábado, la empresa le despide. Solicita Hobbie subsidio de desempleo al *Florida Department of Labor and Employment Security*; conforme a la legislación del estado de Florida, tienen acceso al subsidio de desempleo aquellos que se encuentren en paro por causas que no les sean no imputables(81). Lawton & Co. se niega a satisfacer el subsidio de desempleo, pues entiende que el despido está motivado por haber incurrido en conducta reprochable en conexión con el propio empleo. El *Bureau of Unemployment Compensation* y, en recurso, la *Unemployment Appeals Commission*,

(79) *Bowen v. Roy*, 106 S.Ct. 2147 (1986).

(80) *Absent proof of an intent to discriminate against particular religious belief or against religion in general, the Government meets its burden when it demonstrates that a challenged requirement for governmental benefits, neutral and uniform in its application, is a reasonable means of promoting a legitimate public interest* (476 U.S. at 707-708).

(81) Fla.Stat. § 443.021 (1985).

deniegan a Hobbie el subsidio de desempleo. Ante la jurisdicción estatal también obtiene una fallo desfavorable. La Corte Suprema Federal, sin embargo, entenderá que, conforme a los precedentes *Sherbert* y *Thomas*, Hobbie debe recibir el subsidio de desempleo. El texto de la decisión corre a cargo del magistrado Brennan, quien desecha la argumentación del demandado-apelado que solicita la aplicación del *test* que Burger propuso en la decisión *Bowen v. Roy*(82), así como la alegación de que esta forma de objeción sobrevenida al contrato varía las características fundamentales para la aplicación de los precedentes(83).

Los avances que la Corte Suprema ha ido realizando hacia una progresiva consolidación de la doctrina jurisprudencial en materia de *unemployment cases* (teniendo todos ellos como telón de fondo la objeción de conciencia religiosa al trabajo en determinados días de la semana), no encuentran en la decisión *Smith II* un obstáculo que les haga perder su régimen. En efecto, es lo que cabe deducir de las propias palabras del magistrado Antonin Scalia, ponente de ese trascendental caso de desempleo en relación con el uso del peyote por motivos religiosos(84).

(82) *The Appeals Commission (...) urges that we hold that its justification should be determined under the less rigorous standard articulated in Chief Justice Burger's opinion in Bowen v. Roy (...). Five justices expressly rejected this argument in Roy. (...) We reject the argument again today.* 107 S.Ct. at 1049.

(83) *In effect, the Appeals Commission asks us to single out the religious convert for different, less favorable treatment than given an individual whose adherence to his or her faith precedes employment. We decline to do so. The First Amendment protects the free exercise rights of employees who adopt religious beliefs or convert from one faith to another after they are hired. The timing of Hobbie's conversion is immaterial to our determination that her free exercise rights have been burdened (...)* 107 S.Ct. at 1046.

(84) *Even if we were inclined to breathe into Sherbert some life beyond the unemployment compensation field, we would not apply it to require exemptions from a generally applicable criminal law. The Sherbert test, it must be recalled, was developed in a context that lent itself to individualized governmental assessment of the reasons for the relevant conduct. Employment Division, Department of Human Resources of Oregon v. Smith, 110 S.Ct. 1595, at 1603 (1990).*

2.10. La protección jurisdiccional de la objeción de conciencia más allá de la confesionalidad: *Frazee v. Employment Security Department*(85).

Hasta ahora, las características de la objeción de conciencia a realizar actividades laborales en determinados días se limitaba a los *sabbatarian*: objetores al trabajo en el *sabbath* en virtud de un precepto de una confesión religiosa concreta. Sin embargo, el caso *Frazee* da un paso mayor en la cuestión, pues de lo que se trata ahora es de resolver un excepcional supuesto de objeción al trabajo en domingo, planteado por persona no adscrita a confesión alguna.

William A. Frazee, que dice ser simplemente "cristiano", rechazó una oferta de trabajo que le hizo *Kelly Services*, indicando que no podía trabajar en domingo, "el día del Señor" . Solicita entonces subsidio de desempleo al *Illinois Department of Employment Security*, que rechaza su petición tanto inicialmente, como en recurso administrativo. La resolución del *Department* fue ratificada por la Corte de Circuito del Estado de Illinois. Posteriormente, la Corte de Apelación del mismo Estado, sin cuestionar la sinceridad de las creencias del *plaintiff-appellant*, entiende que la administración no ha infringido la *Free Exercise Clause* de la Primera enmienda. Frazee lleva entonces la cuestión ante la Corte Suprema de los Estados Unidos.

Los aspectos fácticos del caso suponen un progreso respecto a lo que el caso *Sherbert* planteó en 1963: siendo ambos tipos de objeción similares (negativa por motivos de conciencia a realizar una conducta que es condición de un beneficio), aquí la Corte Suprema se enfrenta con la ampliación de la protección a objetores no pertenecientes a una iglesia determinada. La sentencia sostiene que el hecho de que un objetor pertenezca a una confesión no es condición del reconocimiento de su libertad de conciencia, sino simplemente un dato que simplifica el problema de identificación de las sinceras creencias del objetor: un signo de veracidad o sinceridad, una "garantía externa" y reconocible de los motivos de conciencia del

(85) *Frazee v. Employment Security Department*, 103 L.Ed 2d 914 (1989).

sujeto(86).

La vía sustantiva para la solución del caso es la *Free Exercise Clause* de la Primera Enmienda de la Constitución(87). No obstante, hubiera sido posible tal vez la misma conclusión a partir del Título VII y de la Enmienda Randolph, siguiendo una interpretación amplia del texto legal.

El *Illinois Department of Employment Security* alega ante la alta instancia federal que es un hecho ya consuetudinario el trabajo en domingo; si el reclamante obtuviera juicio favorable, esto tendría un efecto multiplicador: una generalizada "huída" del trabajo en domingo, con los consiguientes problemas de paralización laboral de determinados sectores de la economía (supermercados que abren en domingo, instalaciones deportivas y empresas dedicadas al ocio, etc.). La Corte Suprema ya tuvo oportunidad de pronunciarse sobre estos reparos en la sentencia *Thomas v. Review Board*(88), añadiendo en esta ocasión que no existe ese *compelling state interest* prevalente que se exige como requisito para rechazar las pretensiones relacionadas con el *free exercise of religion*.

De esta forma, asistimos al fenómeno de la desinstitucionalización del concepto de religión, distinta de la desnaturalización del mismo que se opera en *United States v. Seeger*. Es decir, la libertad religiosa alcanza precisamente la raíz individual propia de la objeción de conciencia, desvinculándose de la necesidad de que la conciencia del sujeto pase por una confesión o iglesia determinada para poder prosperar en su pretensión. El ordenamiento jurídico, la sociedad y el Estado avanzan

(86) *Undoubtedly, membership in an organized religious denomination, especially one with a specific tenet forbidding members to work on Sunday, would simplify the problem of identifying sincerely held religious beliefs, but we reject the notion that to claim the protection of the Free Exercise Clause, one must be responding to the commands of a particular religious organization.*(103 L.Ed.2d at 920).

(87) *Here, Frazee's refusal was based on a sincerely held religious belief. Under our cases, he was entitled to invoke First Amendment protection.* (103 L.Ed. 2d at 920)

(88) Vid. nota (77).

así más en el grado de sensibilidad ante la libertad de conciencia y libertad religiosa, permitiendo a la vez una equiparación de trato mayor entre los fenómenos de objeción de conciencia que tienen su raíz en los credos religiosos, y los que tienen su fundamento simplemente en razones ideológicas o filosóficas.

3. Objeción de conciencia a las cuotas de los sindicatos.

En todos los países industrializados, los sindicatos constituyen la manifestación específica del derecho de asociación en el mundo laboral, defensores de los intereses de los trabajadores e interlocutores válidos —en virtud de su representatividad— a la hora de establecer negociaciones y acuerdos con los empresarios. En los Estados Unidos, los sindicatos cubren esa caracterización⁽⁸⁹⁾, sin los matices políticos presentes en los sindicatos del derecho laboral continental, propios —todo sea dicho— de los movimientos e ideologías que los fomentaron.

La *National Labor Relations Act* de 1935 (en adelante, NLRA) es la reglamentación federal básica del mundo del trabajo en EE.UU. En materia sindical, esta ley reconoce a los sindicatos que acrediten su calidad de *collective bargaining agent*, fuerza reglamentadora (*statutory power, as federal instrumentalities*) a la hora de negociar y establecer convenios con las empresas. Tanto los empresarios como los sindicatos tienen derecho a entablar esa negociación y llegar a esos convenios colectivos. La finalidad política última de la ley es la preservación de la paz social en el mundo laboral y el libre desarrollo de la economía entre los Estados⁽⁹⁰⁾.

Las posibles situaciones de relación empresa-sindicato-trabajadores en el marco de los convenios colectivos son fundamentalmente tres: 1/ *agency shop*, acuerdo que no obliga al trabajador ni a sindicarse ni a participar en las actividades sindicales

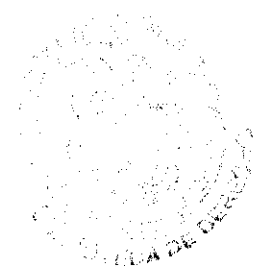
(89) Cfr. *Trade Unions*, 10 The Guide of American Law 105.

(90) *Linscott v. Miller Falls Company*, 316 F.Supp. at 1371; *Yott v. North American Corporation*, 501 F.Supp. at 403.

como condición de empleo, pero sí obliga a que pague al sindicato una *agency fee* (generalmente equivalente a las cuotas sindicales) en compensación de los gastos de negociación y elaboración del convenio colectivo; 2/ *closed* o *union shop*, acuerdo que obliga al trabajador a la sindicación como condición de empleo o de permanencia en la empresa una vez contratato; y 3/ *open shop agreement*, que permite al trabajador tanto la sindicación como la participación en las actividades sindicales de modo totalmente voluntario, sin exigir pago alguno de cuota sindical o *agency fee* como condición previa o subsecuente del empleo.

En 1947, el Congreso de los EE.UU. aprueba la *Taft-Hartley Act*, también conocida como *Labor Management Relations Act*, con el fin de remediar legalmente los abusos practicados por los sindicatos. Entre los cambios introducidos por esta enmienda a la NLRA destaca la proscripción de *closed shop agreements*, permitiendo los *agency shop* bajo condiciones y características específicas.

Los casos que vamos a examinar, por tanto, plantean la objeción de conciencia (por motivos religiosos) no tanto a la sindicación obligatoria (práctica prohibida desde 1947), sino al pago de las *agency fees* que se siguen de la actividad sindical en la elaboración de un convenio colectivo de trabajo. Se plantea así ante los tribunales el difícil equilibrio entre legítimas pretensiones de las instituciones y particulares: por un lado, el derecho de los sindicatos a que se les reembolse los gastos provocados por una negociación de la que todos los trabajadores se benefician; por otro, el respeto a la conciencia individual, protegida por la Primera Enmienda de la Constitución norteamericana, que repugna cualquier forma de colaboración con una asociación sindical. Como árbitro de esos contradictorios intereses, se sitúa el Estado que, bajo una concepción liberal, persigue exclusivamente la paz laboral y el libre comercio.



3.1. La inicial desprotección de los objetores a las *agency fees*: *Linscott v. Millers Falls Company*(91).

En 1970, Beatrice Linscott, Adventista del Séptimo Día, demanda a su empresa y al sindicato ante la Corte Federal del Distrito de Massachusetts. El motivo es que fue despedida por la empresa ante su negativa a pagar las *union fees* exigidas por el convenio colectivo. Linscott apoya su pretensión en la Primera, Quinta y Novena Enmiendas de la Constitución de EE.UU.: la actividad sindical y su consecuencia —el convenio colectivo de trabajo— deben quedar sujetos a la protección de los derechos del *Bill of Rights*. Por tanto, el Tribunal habrá de decidirse acerca de si el acto concreto del sindicato en el ejercicio de sus poderes legales (ese acto fue el requerimiento al empresario de despido de la empleada por impago de los débitos al sindicato, sanción contemplada en el convenio colectivo(92)) se ajusta o no a los derechos constitucionales.

El Tribunal entiende que no hay quebrantamiento alguno de derechos, indicando que el sindicato no ha firmado un convenio que exija explícitamente al empresario despedir a un trabajador por el hecho de pertenecer o no a una confesión concreta. Es más, el convenio en cuestión no hace referencia alguna a la religión: solamente faculta al sindicato a pedir al empresario que despida al trabajador moroso. El único propósito del convenio es facilitar al sindicato los fondos económicos que compensen su actividad negociadora.

A continuación, el Tribunal se centra en el precedente *Sherbert v. Verner*. Sumándose al análisis de esa sentencia, la Corte de Distrito entiende que, existiendo

(91) *Linscott v. Millers Falls Company*, 316 F.Supp.1369 (1970).

(92) La redacción del convenio sobre este punto es: *employees of the Company shall, as condition of continued employment, be members of the Union in good standing during the term of this Agreement. Good standing shall mean only the payment of initiation fees, if any, and periodic dues regularly required of members of the Union under its by-laws and constitution.* (316 F.Supp.at 1370).

en este supuesto una *prima facie* infracción del derecho de la demandada al libre ejercicio de la religión, sin embargo también existe ese *compelling governmental interest* que justifica o legitima la transgresión. Ese interés del gobierno se concreta en la intención del legislador de establecer un nuevo orden en las relaciones laborales, que tiene un exponente fundamental en el derecho de los sindicatos representativos a que todos los empleados contribuyan a cubrir los costes originados por esa representación. La existencia de *free-riders*(93) en situaciones en las que la mayoría de los trabajadores y el propio empleador quieren establecer un *union shop agreement* constituye, a juicio del Congreso de los EE.UU., una amenaza para la paz y el orden en el comercio interestatal.

Reconociéndose más adelante que existe una interferencia del libre ejercicio de la religión en el supuesto, sin embargo se indica que no se infringe la Primera Enmienda de la Constitución, por cuanto la conducta de la demandante es una amenaza sustancial a la seguridad pública, la paz y el orden(94).

Por último, la Corte señala que el Congreso no ha dado a los objetores religiosos la facultad de excluir para su caso la aplicación de los *union shop contracts*, recordando así —en cierto modo— la construcción legal de la objeción de conciencia militar en EE.UU. : esta no aparece en la ley como derivación de la libertad de conciencia, sino una excepción del Congreso a la general aplicación de la norma.

Aceptando el análisis de *Sherbert*, sin embargo la sentencia de la Corte Federal de Distrito no supo "hilar fino" a la hora de calibrar el valor del *indirect burden upon religious liberty*. La objeción de la demandada supone —desde luego— una excepción

(93) Expresión con la que se designa, con cierto matiz peyorativo, a los trabajadores no sindicados.

(94) *If this action by the federally-empowered union does burden or interfere with the plaintiff's exercise of religion it is nonetheless as stated, 374 U.S. at p.403, 83 S.Ct. at p. 1793 of Shelbert, not a violation of the First Amendment because "The conduct or actions so regulated *** posed some substantial threat to public safety, peace or order. See, e.g., Reynolds v. United States, 98 U.S. 145 (...) (316 F.Supp. at 1372).*

a un principio general en las relaciones laborales, pero no cabe afirmar, me parece, que esta aislada excepción ponga en peligro el orden, la paz y la seguridad pública. La regla de las mayorías en la representatividad, en este caso sindical, comporta el respeto a las minorías, sobre todo cuando las pretensiones de estas minorías alcanzan el campo de la conciencia. Tal vez por ello esta inicial desprotección será paliada por los casos que a continuación se analizan.

3.2. La protección de los objetores a las *agency fees* a través del Título VII: *Cooper v. General Dynamics, Convair Aerospace Div.*(95).

Howard Cooper, Rita Kimbell y Howard T. Hopkins, adventistas del Séptimo Día, demandaron ante la Corte Federal de Distrito de Texas al sindicato y a su empresario, alegando la nulidad del *union security agreement* que exige el pago de *union dues* como condición de permanencia en el empleo. En el caso de Kimbell y de Hopkins, se trataba de una objeción sobrevenida a su condición de miembros del sindicato: la profundización en los contenidos doctrinales de su religión les lleva a concluir la inmoralidad de cualquier contribución a organizaciones sindicales. Antes de iniciar el pleito, los objetores ofrecieron al empresario y al sindicato la posibilidad de contribuir con una cantidad igual a la exigida por el sindicato, a una organización de beneficencia aconfesional, estableciendo así un principio de *accommodation* que salvaría, por otra parte, la discriminación que se causaría en los otros trabajadores en virtud de una posible exención.

Los demandantes sostienen ante la Corte de Distrito que el ordenamiento del Estado de Texas prohíbe en virtud de la *Texas Right to Work Act* de 1951 los *union security agreements*. Sin embargo , el Tribunal indica que la empresa tiene su ubicación en un *federal enclave*(96) que se sustrae a la aplicación de ese

(95) *Cooper v. General Dynamics, Convair Aerospace Div.*, 533 F.2d 163 (5th Cir. 1976)

(96) Territorio dentro de un Estado transferido a efectos jurisdiccionales y legislativos a la competencia federal (378 F. Supp. at 1261).

ordenamiento. Por otro lado, los objetores defienden que el *union security agreement* instituye una discriminación contra el ejercicio de sus creencias y prácticas religiosas, protegidas en el mundo laboral por el Título VII de la *Civil Rights Act* de 1964 y por la enmienda introducida en 1972. El Tribunal considera que no existe tal discriminación: los *union dues* son simplemente pagos para el sostenimiento de las actividades de negociación del convenio colectivo, del cual —obviamente— se benefician también los demandantes. A los objetores —indica la Corte— no se les ha exigido adherirse a una doctrina o a unos principios sobre sindicación, o unirse a huelgas o actos de violencia contra la empresa (esto sería *direct burden upon conscience*), sino que simplemente se les pide el pago de la cantidad proporcional que les corresponde por la negociación del convenio colectivo. Esgrimir —continúa el Tribunal— que por el pago de un equivalente a los *union dues* se contribuye a la violencia contra el prójimo es tan engañoso como defender que los demandantes contribuyen a la violencia contra el prójimo por la realización de su tarea laboral (ensamblado y manufacturación de componentes de aviones de combate)(97). En definitiva, la sentencia niega protección alguna a los objetores (puesto que no hay discriminación ni infracción del Título VII, no cabe plantearse *reasonable accommodation* alguna), y éstos recurren ante la Corte Federal de Apelación, Quinto Circuito, en 1976.

La decisión de esta Corte(98) es extensa y estructurada. El ponente de la misma, Gee, indica que hasta el año 1971 los tribunales norteamericanos entendieron el Título VII de la *Civil Rights Act* limitado a la protección de los estrictos *sabbatarian cases*; en 1972, sin embargo, con inusual rapidez y unanimidad, el Congreso "respondió" a esa interpretación jurisprudencial sentando, mediante la enmienda Randolph, que no era "aquello" lo que el legislativo pretendía decir. La

(97) Pero años más tarde, un argumento tan "engañoso" como es esa cooperación indirecta a la violencia por trabajar en una empresa dedicada a la manufacturación de torretas para carros de combate será motivo de protección en la sentencia del Tribunal Supremo *Thomas v. Review Board of the Indiana Employment Security Division*, 450 U.S. 707 (1981), anteriormente analizada.

(98) 533 F.2d 163 (1976)

enmienda de 1972 goza, en opinión de este juez, de gran claridad en sus términos, sin que quepa equívoco alguno, y su gran amplitud (*all the aspects of religious observance and practice, as well as belief...*) no son reconciliables con la alegación del sindicato de que el Congreso, lo único que pretende con la ley, es proteger a los *sabbatarian*. Por lo tanto —concluye— la *Civil Rights Act* extiende su protección a la doctrina religiosa aquí implicada(99).

Gee, en un apartado de la sentencia llega a afirmar que en la relación conciliadora de intereses que supone la *reasonable accommodation*, no tiene arte ni parte el sindicato: no ha de pretenderse la búsqueda de *undue hardship* causada al sindicato, simplemente porque la enmienda Randolph sólo recoge dos sujetos que han de adaptarse uno al otro: empleado y empleador. No lo entienden así los jueces Brown y Rives, para quienes existe un serio interés del sindicato: dejar de percibir unos fondos de su gestión negociadora. Rives, en su *concurring and dissenting opinion*, adhiriéndose a la decisión mayoritaria que entiende ampliable el Título VII reformado a estos casos de objeción a cuotas sindicales, opone sin embargo la interpretación literal de la ley realizada por el ponente a la verdadera voluntad o *mens legislatoris* que originó la enmienda Randolph, concluyendo que en Congreso sólo pretendía —redacción del texto aparte— solucionar los problemas de objeción de conciencia a las actividades laborales en determinados días(100).

En conclusión, la Corte Federal de Apelación entiende que ha de intentarse la

(99) *The language chosen is broad —broader can hardly be imagined— and entirely extravagant to a mere concern for Sabbatarianism or any other particular doctrine or observance. Instead, the definition is what may be termed an operative one: all forms and aspects of religion, however eccentric, are protected except those cannot be, in practice and with honest effort, reconciled with a businesslike operation. The Civil Rights Act extends to the religious doctrine implicated here.* 533 F.2d at 169.

(100) *Nowhere in the legislative history of the Equal Employment Act of 1972 is there any indication that Congress intended to amend the provision which now permits an agency shop agreement, and thereby exempt employees who have religious objections to labor organizations from joining or paying a dues equivalence to their representative union.* (533 F.2d at 175).

reasonable accommodation en favor de los objetores, siempre con el límite de evitar el *undue hardship* en el desarrollo de la empresa. Esta *accommodation* irá en la línea de entregar la cantidad de dinero correspondiente a la cuota sindical a una institución de beneficencia aconfesional.

3.3. Nuevas perspectivas en la protección de los objetores: *Mc. Daniel v. Essex International*(101) y *Burns v. Southern Pacific Transportation Co.*(102).

Doris Mc. Daniel, Adventista del Séptimo Día, fue despedida de su empleo por negarse a pagar los *union dues* al sindicato. Esta medida punitiva venía recogida en la *union security clause* del convenio colectivo. Con anterioridad al despido, Doris Mc. Daniel había reclamado de la empresa y del sindicato que se intentara una *accommodation* a sus creencias religiosas, y ofreció la alternativa de destinar sus cuotas sindicales a la institución de beneficencia que la empresa y el sindicato estimaran convenientes. Sus peticiones fueron desoídas.

La Corte Federal del Distrito Oeste de Michigan falló en contra de la empleada, y esta recurre la decisión ante la Corte Federal de Apelación, Sexto Circuito.

Ante la Corte, el sindicato alega que todo interés religioso en juego debe subordinarse a la intención clara del Congreso de que se cumpla la distribución de cargas económicas de la negociación del convenio. La base legal de esta alegación es la *Taft-Hartley Act*, dirigida a evitar los abusos cometidos por los sindicatos (sindicación obligatoria como condición de empleo) y a promocionar los *agency shop*. La Corte Federal entiende, sin embargo, que la *Taft-Hartley* pretende un equilibrio entre dos extremos negativos: la existencia de *free-riders* (que eluden todo compromiso laboral en perjuicio de una mejora de las condiciones de empleo) y el sindicalismo compulsivo (que atenta contra la libertad de los trabajadores). Pero la

(101) *Mc. Daniel v. Essex International*, 571 F.2d 338 (6th Cir. 1978).

(102) *Burns v. Southern Pacific Transportation Co.*, 589 F.2d 403 (9th Cir. 1978)

Taft-Hartley no abriga intención alguna de proporcionar a los objetores protección en el ejercicio de sus creencias, finalidad que sí está presente en la Sección 701(j) de la *Civil Rights Act* como exponente de una política federal de la máxima prioridad desde 1964: eliminar la discriminación en el mundo laboral. Por lo tanto, la vía legal de solución de este problema es el Título VII de la *Civil Rights*, y no la *Taft-Hartley*, que apenas tiene que ver con este asunto: debe intentarse la *reasonable accommodation* en la dirección propuesta por la demandante(103).

Por último, la Corte de Apelación modifica la doctrina sentada por el Quinto Circuito en el caso *Cooper* sobre la posibilidad de apreciar *undue hardship* en el sindicato: a través de la Sección 701(j) de la *Civil Rights Act*, el legislativo exige explícitamente un *balancing* de intereses entre las creencias religiosas practicadas por el empleado y las legítimas necesidades de trabajo del empresario. Por implicación, este mismo *balancing* debe aplicarse a las necesidades del sindicato, al menos cuando la pretensión conlleve el examen de los términos del convenio colectivo.

Aunque, de este modo, el Sexto Circuito se limita a reforzar la protección a través del Título VII, no es menos cierto que depura el entendimiento del material legislativo en juego, al establecer cuáles son los campos y finalidades propias de la *Taft-Hartley* y de *Civil Rights Act*.

Con posterioridad a este caso, en 1978 el Noveno Circuito tuvo ocasión de pronunciarse sobre este tipo de objeción de conciencia en *Burns v. Southern Pacific Transportation Co.*. Bajo los criterios sentados por la Corte Suprema en *Trans World Airlines v. Hardison* sobre el entendimiento del concepto *undue hardship*, la Corte de Apelación otorga sentencia favorable al objetor permitiéndole sustituir el pago de

(103) *In addition to her suggestion that she pay an amount equal to the IAM dues to a non-sectarian charity, the plaintiff offered during the district court proceedings "to pay to the union only an amount equivalent to the percentage of the union dues which is equal to the percentage of the union budget" used for purposes which do not violate her religious beliefs. The remainder of the stated dues would be paid to a charity. This is similar to a possible accommodation noted by the Supreme Court in Machinists v. Street, 367 U.S. 740 (...). (571 F.2d at 344).*

cuotas sindicales por una aportación a institución de beneficencia determinada. También clarifica el correcto entendimiento de esa negociación conciliadora de intereses que es la *accommodation*: no es una actividad cuya iniciativa deba recaer en el objetor ante una cierta pasividad del empresario. Este debe adoptar una postura activa, buscando también posibles soluciones al problema de conciencia planteado(104). Sólo tras esta búsqueda de una solución, siendo esta inadecuada a juicio del trabajador, cabe plantear la cuestión de si una mayor adaptación constituye *undue hardship*, correspondiendo al sindicato y a la empresa demostrar tal extremo en el proceso jurisdiccional(105).

3.4. ¿Es inconstitucional el Título VII de la *Civil Rights Act*? *Nottelson v. Smith Steel Workers D.A.L.U.*(106).

Darrel C. Nottelson, también Adventista del Séptimo Día, recurrió en 1980 ante la Corte Federal de Apelación la decisión de la Corte de Distrito sobre su despido de la empresa por su negativa a satisfacer su contribución al sindicato conforme al *union shop agreement*. La Corte Federal de Apelación falló en favor del trabajador, sobre la base del Título VII de la *Civil Rights Act* y de la NLRA que, ese mismo año, había sido reformada, y sobre la que enseguida volveremos.

(104) *Employer is required to take some steps in negotiating with the employee to reach a reasonable accommodation to the particular religious belief at issue (...) Once the employer has made more than a negligible effort to accommodate the employee (...) and that effort is viewed by the worker as inadequate, the question becomes whether the further accommodation requested would constitute "undue hardship".* 589 F.2d at 406.

(105) Unos pocos meses después de *Hardison*, el Décimo Circuito aportó nuevos criterios rectores para el entendimiento de la *reasonable accommodation*. En la decisión *Chrysler Corporation v. Mann*, 561 F.2d 1282 (1977), se establece que un trabajador no puede eludir sus deberes en orden a lograr la adaptación mediante una mera exposición recalcitrante de preceptos religiosos, ni tampoco puede depositar toda la responsabilidad para lograr la adaptación en el empresario. Cuando un trabajador se niega a cooperar, la adaptación deviene imposible.

(106) *Nottelson v. Smith Steel Workers D.A.L.U.*, 643 F.2d 445 (7th Cir. 1981).

La cuestión planteada encierra dos importantes argumentos que ponen en entredicho la constitucionalidad del Título VII: la alegación del sindicato de que se privilegia a los objetores religiosos y el *dissenting opinion* del juez de circuito Pell, sobre la base de ese trato preferente y de lo previsto en la Primera Enmienda de la Constitución.

De una parte, el sindicato entiende que la *Establishment Clause* de la Primera Enmienda de la Constitución es incompatible con una ley que articula mecanismos especiales de protección de determinadas personas basándose en motivos y creencias religiosas. La Corte de Apelación no entra a examinar la cuestión sino a través del cauce adecuado: el precedente judicial, representado por en el *test Lemon* que el Tribunal Supremo estableció en 1971 para resolver sobre la constitucionalidad de leyes y reglamentos en conexión con la *Establishment Clause*.

En primer lugar, la Corte de Apelación estima que el Título VII tiene un evidente *secular purpose* (finalidad aconfesional) que se concreta en el logro de igualdad de oportunidades en el empleo. Proscribiendo la negativa irrazonable del empresario y del sindicato a realizar una *reasonable accommodation*, el Título VII protege esa igualdad de oportunidades no sólo frente a una abierta discriminación en el empleo, sino frente a discriminaciones indirectas, cuando no coinciden las creencias religiosas del objetor con las reglas aparentemente neutrales de la mayoría. En segundo lugar, el Tribunal entiende que la ley examinada no tiene un efecto directo de discriminar a los no creyentes frente a los creyentes. Como en el caso de la exención legal del servicio militar para los objetores de conciencia⁽¹⁰⁷⁾, aquí no se requiere la pertenencia a una confesión o religión: sólo se pretende promover el "principio de supremacía de la conciencia"⁽¹⁰⁸⁾. La ley no confiere un beneficio a los que intentan una *accommodation*, sino que, más bien, descarga a unos

(107) La referencia a la objeción de conciencia militar puede considerarse incluso como el establecimiento de analogías entre un modelo paradigmático y una figura menos estudiada por la jurisprudencia, en orden a su mejor entendimiento, aunque no en cuanto a un trasvase de soluciones legales substantivas del problema.

(108) 643 F.2d at 454, citando *Gillette v. United States*, 401 U.S. 437.

sujetos de un gravamen especial —que otros sujetos no padecen— permitiéndoles cumplir con sus deberes sociales de una forma distinta (pago sustitutorio a una entidad de beneficencia). Ese tipo de adaptaciones son compatibles con la *Establishment Clause*. Por último, el Tribunal muestra que el Título VII no fomenta un "*excessive entanglement with religion*" (relación excesiva entre del Estado con la religión): al gobierno tan sólo se le exige determinar si la creencia del objetor es religiosa, según el modo de entender de la ley y si esa creencia es *sincerely held*, una cuestión de credibilidad. Esta es esencialmente la misma determinación que se requiere en la exención de los *selective services statutes* (legislación sobre reclutamiento militar y objeción de conciencia), y esto no invalida el Título VII(109).

El *dissenting opinion* del juez Pell, cuestiona la constitucionalidad de la exención, incluso aunque sea resultado del Título VII. Para Pell, la Primera Enmienda de la Constitución establece que el Congreso ni adopta religión alguna en la ley ni legisla prohibiendo el libre ejercicio de la religión. Estas exigencias constitucionales son parte fundamental de las raíces de la nación americana. Pell entiende que la decisión mayoritaria del tribunal traspasa las fronteras del libre ejercicio de la religión, encaminándose a un *excessive governmental entanglement with religion*. Pasa después a centrarse en un problema, para él de "justicia material": el sindicato mayoritario, conforme a la ley, es el legítimo representante de los trabajadores. Por tanto, ha de ejercitar la representación, con derecho a que todos los trabajadores contribuyan al sostenimiento financiero de esa función. Este hecho carecería de relevancia de no ser porque los tribunales y la legislación —dice este juez— otorgan a unos sujetos objetores la posibilidad de sustituir ese pago por una contribución a entidad de beneficencia en virtud de unos principios religiosos. Sin embargo, el comerciante que vende sus productos o el abogado que presta unos servicios, esperan

(109) Nuevas referencias a la objeción de conciencia al servicio militar: *Finally, we note that when an individual is exempted from military service as a conscientious objector, another individual must go in his place. The cost to the second individual might very well include injury or death and is in any event clearly greater than "de minimis" cost imposed on others by Section 701(j). Inasmuch as the selective service exemption does no offend the Establishment Clause, see Gillette v. United States, 401 U.S. at 448-460 (643 F.2d at 455).*

recibir un *quid pro quo*; tienen derecho a recibir el pago de la mercancía o de la consulta legal. Desde luego, esos profesionales no se sentirían satisfechos si en vez de ser pagados, se destina ese dinero a una entidad de beneficencia en virtud de unos prácticas o creencias. Por ello, en definitiva, el sindicato tiene ese mismo derecho a recibir el pago de su gestión, y Nottelson no tiene derecho a recibir unos servicios a cambio de nada. En definitiva, es un *free-rider*, simple y llanamente(110).

No carece de fundamentación y rigor el razonamiento del juez Pell. Sin embargo, analiza la cuestión aislando una relación jurídica (al modo en que las matemáticas operan con los "números absolutos") de su entorno, y del entramado de relaciones en juego. Olvida en cierto modo que se pretende una conciliación de intereses "lo más justa posible", salvando el gravamen sobre la conciencia individual (exención de contribución sindical mediante un pago sustitutorio) sin discriminar a los demás trabajadores (de todos los bolsillos sale la misma cantidad, sólo que con un destino diverso en el caso del objetor) y procurando que el sindicato no salga perjudicado en exceso (la acomodación no puede causar *undue hardship* ni ser superior al baremo *de minimis*(111) propuesto en *Hardison*). Un argumento "absoluto" de este tipo, daría al traste con la exención al servicio militar en EE.UU. que, además, tiene su fundamento en una excepción revocable establecida por el Congreso, no propiamente en un derecho.

(110) 643 F.2d at 456

(111) Parece conveniente traer a colación los razonamientos judiciales expuestos por el Noveno Circuito en *Burns v. Southern Pacific Transportation Co.*: frente a la alegación de que una exención de este tipo conlleva abrir un cauce para eludir el pago sindical, que supondría un coste superior al *de minimis*, responde el Tribunal: *If, in the future, the expressed fear of widespread refusal to pay union dues on religious grounds should become a reality, undue hardship could be proved. But on the present record, no substance be given to these apprehensions* (589 F.2d at 407).

3.5. La interrelación *statute-case law* en la reforma de la NLRA: *Tooley v. Martin-Marietta Corporation*(112).

En 1980, el Congreso de los EE.UU. reforma la sección 19 de la NLRA, dando una cobertura legal específica a esta manifestación de objeción de conciencia, conforme a los criterios que la jurisprudencia había establecido. En el debate de elaboración de la enmienda, el legislativo reconoce la perfecta congruencia entre las previsiones de la NLRA y las exigencias del Título VII. De este modo se desvanece la posibilidad tanto de discutir la constitucionalidad del Título VII (sus consecuencias son aceptadas por el *statute law*) como de contraponer intereses opuestos con distinto rango (el derecho de los sindicatos y empresarios a la negociación colectiva materializada en los *union shop agreements*, *versus* el respeto a la conciencia del objetor).

La enmienda de la sección 19 de la NLRA establece el método concreto para hacer valer ante el sindicato y el empresario el pago sustitutorio(113), a la vez que emplea expresamente el término objeciones de conciencia para designar el problema planteado por quienes se niegan a contribuir con los sindicatos. No obstante el mérito de la reforma legal realizada, hay una cuestión que no puede pasarse por alto: la terminología empleada por el legislativo en la enmienda remite a confesiones específicas, sin otra posible interpretación literal. Luego no se proporciona solución legal a futuros y posibles casos semejantes a *Frazee v. Employment Security*

(112) *Tooley v. Martin-Marietta Corporation*, 648 F.2d 1239 (7th Cir. 1981).

(113) El texto de la sección 19 quedó así: *Any employee who is a member of and adheres to established and traditional tenets or teachings of a bona fide religion, body or sect which has historically held conscientious objections to joining or financially supporting labor organizations shall not be required to join or financially support any labor organization as a condition of employment; except that such employee may be required in a contract between such employees' employer and a labor organization in lieu of periodic dues and initiation fees, to pay sums equal to such dues and initiation fees to nonreligious, nonlabor organization charitable fund exempt from taxation under section 501(c)(3) of title 26 of the Internal Revenue Code, chosen by such employee from a list of at least three such funds, designated in such contract or if the contract fails to designate such funds, then to any such fund chosen by the employee (...).*

Department.

A la luz de la reforma elaborada por el Congreso, en 1981 el Noveno Circuito —ya experimentado en este tipo de lides— resolvió el caso *Tooley v. Martin-Marietta Corp.* a favor del trabajador, Adventista del Séptimo Día. El Tribunal repasa, en virtud de las alegaciones del sindicato, los méritos de constitucionalidad del Título VII en su sección 701(j). Al igual que el Séptimo Circuito en *Nottelson*, concluye la plena validez de la ley a partir de la misma herramienta de examen (el *Lemon test*).

4. Objeción de conciencia a las prácticas religiosas en la empresa.

Diversos de los supuestos hasta ahora analizados, el Derecho norteamericano se ha enfrentado con casos que pueden catalogarse de objeción de conciencia a las prácticas religiosas en las empresas(114). En esta ocasión, empleados agnósticos se oponen a la asistencia obligatoria a ceremonias de culto, llevando su postura hasta el extremo de mantener sus principios de conciencia a costa del despido. La vía sustantiva es, de nuevo, el Título VII de la *Civil Rights Act*, en su firme propósito de evitar la discriminación —positiva o negativa— en el trabajo.

4.1. *Young v. Southwestern Savings and Loan Association*(115).

Cuando Martha Young fue contratada por *Southwestern Savings*, tuvo conocimiento de la existencia de unas reuniones mensuales, obligatorias para todos los empleados, que tenían como objeto tratar diversas cuestiones de trabajo. Al asistir a la primera, vio que se iniciaba con una pequeña plática y una oración, dirigidas por un ministro baptista de la localidad. Aunque el servicio religioso no era confesional,

(114) Aparte de los dos casos que a continuación se comentan, merece citarse la decisión *Wedmore v. Sidha Corporation International*, no. 35-801-E (S.D. Iowa 1985), 5 RFR 180, en la que el demandante se negaba a realizar meditación transcendental dos veces al día, por orden de la empresa.

(115) *Young v. Southwestern Savings and Loan Association*, 509 F.2d 140 (5th Cir. 1975).

ese inicio del *meeting* resultaba contrario a su conciencia, por sus convicciones agnósticas. Decidió ausentarse de las futuras reuniones, y —si bien en un principio sus ausencias no fueron notadas— el Jefe de Personal de su departamento supo el motivo. En entrevista con Martha Young, le informó de la obligatoriedad de la reunión. Tras la siguiente ausencia, el Jefe de Personal pidió a Young su "declaración de dimisión", pero ella abandonó el local indicándole que se consideraba "despedida".

Llevado el asunto ante la justicia, la Corte Federal del Distrito suroeste de Texas falló en favor de la empresa. La empleada recurre entonces ante la Corte Federal de Apelación, Quinto Circuito. Ante este tribunal, la de mandante sienta un *prima facie case* de discriminación en el empleo, alegando a la vez que se trata de un despido implícito(116). El Tribunal califica la posición de Mrs. Young como *objections to the religious content of Sounthwestern's staff meetings* (objeción al contenido religioso de la reunión de la empresa)(117), y entiende que se dan las condiciones fácticas precisas para calificar la conducta de la empresa de despido implícito, contra la decisión de la Corte inferior que calificó la actuación de Mrs. Young de "dimisión voluntaria" del empleo.

Ante los tribunales, los hechos revelan nuevos matices importantes. Entre ellos, que la asistencia de los empleados a la reunión con contenido religioso no es obligatoria, según una norma interna de la empresa de conocimiento reservado a los altos cargos. La empresa afirma, por ello, que Young abandonó el trabajo de manera que no hubo lugar a posible acomodación. Bastaría, añade la empresa, con que Mrs. Young se hubiera dirigido a algún alto cargo de *Sounthwestern Savings* antes de abandonar su puesto precipitadamente, para que la totalidad del problema se

(116) La regla general de la jurisprudencia es que existe despido implícito cuando un empresario deliberadamente hace las condiciones de trabajo de tal forma intolerables que el trabajador se ve forzado a la dimisión involuntaria. En el despido implícito, el empresario es responsable de toda la conducta ilegal comprendida en su acción del mismo modo que si hubiera despedido formalmente al empleado (*N.L.R.B. v. Brennan's Inc.* 366 F.2d 560, 5th Cir. 1966).

(117) 509 F.2d at 143.

resolviera rápidamente, en un clima de mutua distensión. La Corte entiende que esa alegación no altera los deberes legales de la demandante: en su Departamento, el único dato conocido, tanto por ella como por su Jefe inmediato, es que la asistencia al *meeting* es obligatoria de principio a fin. El Jefe de Personal no propuso a Mrs. Young un posible acuerdo: le dió un ultimátum indirecto al pedirle la declaración de dimisión. La ilegalidad de la conducta —concluye la sentencia— no se sigue de la regulación objetiva de la empresa, sino de la conducta mostrada por el Jefe de Personal inmediato a Mrs. Young.

En su *dissenting*, el juez Thornberry trastoca los elementos legales sustantivos, entendiendo que no estamos ante un caso de discriminación proscrito en el Título VII y que no es aplicable la institución del despido implícito. Señala que para que hubiera verdadera discriminación sería necesario que se hubiera impuesto a Mrs. Young algún correctivo o medida disciplinaria, o que la demandante hubiera demostrado que la empresa le impuso prácticas religiosas o condiciones tales, que era incompatible permanecer en su empleo y el mantenimiento de sus ideas. Así, Thornberry estima que no es conveniente la aplicación del despido implícito a esta categoría de casos, y que el juicio apropiado sería que la empresa probara simplemente error (aun no justificable) en la aplicación de su normativa interna. Es claro para este juez que el precipitado abandono del puesto de trabajo hizo imposible una *accommodation* y una averiguación del contenido verdadero de la normativa de *Sothwestern Savings*(118).

4.2. De nuevo el supuesto choque Título VII-Primera Enmienda de la Constitución: *E.E.O.C. v. Townley Engineering and Manufacturing Co.*(119).

Jake y Helen Townley crearon una empresa dedicada a la producción de máquinas para la minería. En virtud de sus creencias religiosas (son *born-again*

(118) 509 F.2d at 146.

(119) *E.E.O.C. v. Townley Engineering and Manufacturing Co.*, 859 F.2d 610 (9th Cir. 1988).

believers in the Lord Jesus Christ(120)) entienden su trabajo empresarial inseparablemente unido a esas creencias. Reflejando estas convicciones, imprimen en el correo de la empresa, en las facturas y en los documentos mercantiles, versículos de la Biblia; efectúan generosos donativos a las misiones de diversas Iglesias y, para el caso que nos ocupa, organizan para sus empleados servicios religiosos una vez a la semana durante el tiempo de trabajo.

Al ingresar en la empresa, Louis Peltas recibió un folleto que contenía las normas internas de la Compañía. Entre las prescripciones más importantes, se señalaba la exigencia de asistir a un servicio religioso no confesional una vez a la semana; el tiempo dedicado a esa ceremonia religiosa es remunerado. Peltas leyó aquel manual, y firmó una declaración que contenía, entre otras cosas, la aceptación de todas las normas internas como condición de empleo y el reconocimiento de que el incumplimiento conlleva la dimisión.

Aunque Peltas es agnóstico, asistió una temporada al servicio religioso. En junio de 1984 solicitó de la superioridad la exención del mismo. Se le reiteró la obligatoriedad, si bien se le dijo que durante la ceremonia, podía "dormir o leer el periódico". En octubre, Peltas abandona la empresa y recurre por discriminación religiosa ante la E.E.O.C. alegando despido implícito.

En recurso de apelación, conoce del asunto el Noveno Circuito en 1988. Para este Tribunal, se cumplen las condiciones conforme a las que los hechos envuelven una discriminación por razones religiosas. De acuerdo con lo establecido por la Corte Suprema en *Alexander v. Gardner-Denver*(121) no cabe exigir de los trabajadores una renuncia sobre sus derechos reconocidos en el Título VII: si esto se permitiera,

(120) Un grupo evangelista, confesión de gran fuerza en los Estados Unidos. Cfr. George M. Mardisen, "*Evangelical and Fundamental Christianity*" en 5 *The Encyclopedia of Religion* 190.

(121) *Alexander v. Gardner-Denver*, 415 U.S. 36 .

se harían inefectivos los intentos de la *Civil Rights Act* por erradicar la discriminación(122).

La Compañía Townley expone en el pleito que debería estimarse en este caso un tipo especial de *undue hardship* que denomina *spiritual hardship*. La Corte admite que ese tipo de gravámenes existe, si bien hay serias dificultades de orden probatorio: no basta simplemente con aportar documentos que indican el descontento que la exención produciría en los compañeros de Pelvas. La Compañía tiene que poner en relación ese *spiritual hardship* consecuencia de la *reasonable accommodation* con el "impacto adverso en el desarrollo del trabajo" que exige la ley. Conforme al precedente *Tooley v. Martin-Marietta Corp.*, una alegación de *undue hardship* no puede hacerse valer por el mero gravamen hipotético, sino que se exige la prueba del gravamen actual impuesto en los co-empleados o de las disrupciones en el normal desarrollo del trabajo. Resulta muy difícil —desde la pragmática visión de la Corte— establecer el grado o medida, la materialización de ese *spiritual hardship*.

Por otro lado, la Compañía pretende acogerse a la "*Religious Corporation*" *exemption* reconocida en la Sección 702, que exceptúa a las entidades religiosas del cumplimiento del Título VII(123). La Corte entiende que, aun siendo la empresa medio de expresión de las creencias de Jake y Helen Townley, su primer objetivo es la fabricación de instrumentos de minería y la obtención de una ganancia, y no hay directa financiación o pertenencia a una determinada confesión.

Townley alega también que las exigencias del Título VII atentan contra sus derechos constitucionales de la Primera Enmienda en orden a la *Free Exercise Clause*. Derechos contra derechos, siendo además de la misma naturaleza. El Tribunal estima que deben sopesarse tres factores acerca del libre ejercicio religioso de los Townley:

(122) *Sections 701(j) and 703(a) of Title VII make clear that requiring employees over their objections to attend devotional services cannot be reconciled with Title VII's prohibition against religious discrimination.* (859 F.2d at 613).

(123) 42 U.S.C.A. § 2000e-2(e).

(1) la magnitud del impacto del *statute* en el ejercicio de la creencia religiosa; (2) la existencia de un *compelling state interest* que justifique la carga impuesta; (3) la medida en que una excepción a la ley donde se contiene el Título VII impide el cumplimiento de los fines que se propone el legislativo(124).

Conforme al *test* propuesto, la Corte establece: el impacto de la ley en el libre ejercicio de la religión no es tan intenso, la E.E.O.C. no se propone la supresión del servicio religioso, sólo terminar con su obligatoriedad; existe un serio y prevalente interés del Estado que legitime la imposición: la erradicación de la discriminación; por último, ese mismo interés exige evitar las excepciones: en la médula del Título VII se encuentra la idea de proteger a los empleados en sus creencias frente a la religión o a las ideas de sus empresarios. El Título VII no exige a un empresario que abandone su religión, sino que busque una adaptación respecto de la de su trabajador.

En *dissenting opinion* el juez Noonan estudia un punto que ha pasado por alto el ponente: al trabajador se le ha ofrecido una cierta *accommodation*, al permitirle adoptar una actitud pasivamente hostil al servicio religioso al que debe asistir: dormir, leer el periódico, ponerse tapones en los oídos... Esos comportamientos le facultan para evadirse de la influencia doctrinal que pudiera sufrir: Mr. Pelvas —dice Noonan— no es un niño; por tanto, el Estado no tiene que articular medios para evitar un adoctrinamiento de personas intelectualmente indefensas. Noonan indica también que, aunque la E.E.O.C. ha alcanzado importantes logros en la eliminación de la discriminación laboral en todos los órdenes, ese organismo federal empieza a padecer una cierta "miopía burocrática" que le lleva a proceder contra los Townley como si de un fanático racista más se tratase(125).

(124) 859 F.2d at 620. El *test* viene construido a partir de los precedentes *United States v. Lee* (455 U.S. 252) y *EEOC v. Fremont Christian School* (781 F.2d 1362, 9th Cir. 1986).

(125) *The E.E.O.C. has had success in eliminating racial bigotry. It has proceeded in this case as though the defendant was simple one more racist bigot. The agency has suffered from the scotopia of a bureaucracy. The agency must indeed vindicate the claims of conscience subjected to religious discrimination. The agency must do so with the utmost*

5. Otras formas de objeción en las relaciones laborales.

La gama de supuestos de objeciones que se han ido planteando ante la jurisprudencia en el seno del Título VII de la *Civil Rights Act* es realmente grande, como puede deducirse de las estadísticas que figuran en la introducción a este capítulo.

Centraremos este último apartado en el examen de jurisprudencia sobre vestuario religioso en la empresa⁽¹²⁶⁾, dejando para otro capítulo el vestuario religioso en la escuela pública, puesto que en estos supuestos de docencia pública el *rationale* o criterio de decisión viene muy influido por la neutralidad religiosa que se le exige al Estado y al profesor o docente como representante de aquel.

5.1. Vestuario religioso y oferta de empleo en *EEOC v. Sambo's of Georgia, Inc.* (127).

Mohan S. Tucker, perteneciente a la secta Sigh⁽¹²⁸⁾, solicita trabajo de la empresa Sambo's Restaurants, Inc de California. Se entrevista con una representante de la empresa en el estado de Georgia, Mrs. Skoglund, que indica al solicitante que para ser admitido en la empresa deberá despojarse de su poblada barba, con el fin de cumplir con las reglas de higiene de la empresa Sambo. Tucker indica a Skoglund que su religión le prohíbe afeitarse la barba, y la representante de

respect for the religious claims upon which its action intrudes. (859 F.2d at 624).

(126) Se omite el comentario a decisión administrativa *EEOC No. 81-20*, 2 Empl. Prac. Guide (CCH) || 6768 (April 3, 1981), donde la *Equal Employment Opportunity Commission* indica que no hay razón legítima para que el empresario deje de adaptarse a las necesidades religiosas de una trabajadora que, por razones religiosas, se niega a vestir pantalones en el desempeño de su trabajo como conductora de autobuses. No constituye propiamente jurisprudencia federal, sino resolución administrativa.

(127) *EEOC v. Sambo's of Georgia, Inc.*, 530 F.Supp. 86 (N.D. Georgia 1981).

(128) Según los hechos probados en la sentencia, de los 15 millones de seguidores de la secta Sigh, 300.000 viven en los EUA.

Sambo responde que no cabe excepciones a esta norma de higiene empresarial, y que se deniega su petición por este motivo.

Poco después, Tucker reclama administrativamente a la EEOC, alegando discriminación por motivos religiosos. La EEOC intenta una conciliación entre el aspirante al empleo y la empresa Sambo, sin éxito. Por ello, la EEOC lleva la cuestión ante la jurisdicción federal.

En primer lugar, salta a la vista que de un concepto estricto de objeción de conciencia, se infiere que no es tal la conducta de Tucker: no se infringe la normativa estatal, o empresarial, ni se llega a sufrir pena o sanción por el comportamiento moralmente obligatorio. Sin embargo, repárese que el concepto amplio de *Sherbert* admitiría de algún modo la cuestión como objeción de conciencia. Sea como fuere, el tribunal de distrito falló en contra de Tucker, por entender que la regla de higiene en el trabajo constituye esa *bona fide occupational qualification exception*(129), que la empresa Sambo demuestra con creces: motivos de imagen de la empresa, de buen funcionamiento de la cadena de restaurantes, pero sobre todo de salubridad, que es un interés estatal de fuerte arraigo.

Confirmando la exposición introductoria sobre la aplicabilidad de la *disparate impact doctrine*, en este caso se alegó por la EEOC, pero el tribunal no acogió este motivo, al considerar que no es estimable en este caso de discriminación por motivos religiosos; la Corte de Distrito indica que ha habido igualdad de trato para aquellos varones con barba (no todos ellos por motivos religiosos, claro está) que se han presentado para el puesto de trabajo: o se afeitaban para trabajar en la empresa, o no fueron admitidos.

(129) Vid. III, 1.1. § 9

5.2. Medidas de seguridad en la empresa y vestuario religioso: *Bhatia v. Chevron U.S.A., Inc.* (130).

Frente a las dudas que arroja el caso anterior acerca de si estamos ante un verdadero supuesto de objeción de conciencia, en este otro caso la cuestión aparece más clara. Manjit Singh Bhatia, también de religión Singh, estaba empleado por Chevron, U.S.A. Inc, una industria en la que se manejan habitualmente gases y sustancias tóxicas. En 1982, la empresa adopta una normativa de seguridad promulgada por un organismo oficial del Estado de California. Conforme a esa nueva normativa de seguridad e higiene, se exige que todos los trabajadores que estén expuestos a gases o sustancias tóxicas empleen una mascarilla hermética. Para que realmente el dispositivo de seguridad sea efectivo, la normativa exige también de la empresa que los trabajadores que deban emplear mascarilla estén perfectamente afeitados.

Bhatia informa a su empresa de que no puede cumplir con las nuevas reglas de seguridad: es un Singh ferviente, y su religión le prohíbe despojarse o cortar su barba. Chevron entonces intenta un traslado para Bhatia, suspendiendo su sueldo. Las negociaciones son largas. Tras seis semanas, Chevron informa de la imposibilidad de encontrar un puesto de trabajo de iguales características (en cuanto a sueldo) en el que no sea preciso el uso de mascarilla. La siguiente semana, Chevron ofrece a Bhatia tres puestos de administrativo en la empresa, pero el objetor lo rechaza. Chevron ofrece por ello un puesto de mantenimiento con un 17% menos de sueldo, con la promesa de que, si se desarrolla un sistema de mascarilla que no requiera despojarse de la barba, Bhatia volverá a su posición anterior. Aunque Bhatia inicialmente no admite la propuesta, posteriormente parece aceptarla con tal de que la empresa le garantice la vuelta a su puesto anterior. Chevron no reitera aquella promesa y entonces Bhatia acepta el puesto de mantenimiento, si bien demanda a la empresa.

En primera instancia, la Corte de Distrito de California decide en favor de la

(130) *Bhatia v. Chevron U.S.A., Inc.*, 734 F.2d 1382 (9th Cir. 1984).

empresa. En apelación, la *Court of Appeals* reafirma en juicio del tribunal inferior.

Es claro para este tribunal que por parte de Chevron ha habido una búsqueda de alternativas en el caso de su trabajador. La adaptación última que el objetor pide supone para la empresa incurrir en la ilegalidad: dejar a Bhatia que continúe en su puesto, incumpliendo la reglamentación de seguridad. Realmente, para la Corte la adaptación supera el límite *de minimis* establecido en *TWA v. Hardison*: o incurrir en la ilegalidad, o bien rehacer los turnos de trabajo para que Bhatia no se vea —en su actual puesto— expuesto a gas o sustancias tóxicas; esto, por otro lado, supone cargar a los compañeros de trabajo de mayor riesgo, puesto que asumen el que Bhatia evita.

De fondo, un interés estatal en abstracto de fuerte peso específico: la seguridad en el trabajo, que en situaciones límite como ésta no permite la búsqueda de *alternative means* actuales para una adaptación razonable al objetor.

R. 130700



UNIVERSIDAD COMPLUTENSE



5312300083

TE

1151

UNIVERSIDAD COMPLUTENSE DE MADRID
FACULTAD DE DERECHO

LAS OBJECIONES DE CONCIENCIA
EN EL
DERECHO NORTEAMERICANO

DONATING

Memoria de Doctorado presentada por
Rafael Palomino Lozano.

Tomo II



Madrid, 1993

V. OBJECION DE CONCIENCIA Y NORMAS ADMINISTRATIVAS

1. Introducción.

Antes que nada, conviene advertir que el criterio de clasificación propuesto para el análisis de este conjunto de casos de objeción de conciencia tal vez pueda parecer incorrecto por la generalidad de su enunciado. Pero a la hora de intentar dar una cierta homogeneidad al estudio de cuestiones tan dispares como las que más abajo se enuncian, parece correcto arrancar del origen de la norma cuyo cumplimiento se omite, y comprobar que se trata de *statutes* redactados por el poder ejecutivo. Bajo esta misma óptica ha sido contemplado, aunque de modo parcial, por la jurisprudencia y la doctrina norteamericana(1).

Aclarado este extremo, los casos de objeción de conciencia que se exponen a continuación son los siguientes: objeción de conciencia a los códigos numéricos identificativos de la Seguridad Social, al empleo de complementos de vestuario de

(1) Cfr. *Bowen v. Roy*, 476 U.S. at 692; y Linda Sugin *First Amendment Rights of Military Personnel: Denying Rights to Those who Defend Them*, 62 N.Y.U.L.Rev. 856 (1987).

carácter religioso en el ejército y en la escuela pública y a la regulación de seguridad pública y vial.

2. Objeción de conciencia a los números identificativos de la Seguridad Social.

La cuestión se encuadra primariamente en ciertos problemas de la población norteamericana descendiente de los pobladores indios anteriores a la llegada de los colonos ingleses. Agrupados la mayoría en la *Native American Church*, o religión del peyote(2), así como en otros movimientos étnico-religiosos, ha sido frecuente que sus costumbres hayan encontrado cierta oposición por parte del gobierno federal y el de algunos estados(3), a pesar de la legislación proteccionista existente a partir de los años setenta(4).

Stephen J. Roy, descendiente de la *Abenaki Tribe* americana, recibía del Estado de Oregón subvenciones para el sostenimiento de sus hijos menores. La condición que el gobierno —conforme al *Aid to Families with Dependent Children program* y el *Food Stamp Program*— ponía para la percepción financiera del beneficio era que el cabeza de familia facilitara a la administración estatal los códigos de Seguridad Social de los componentes de la misma.

(2) Cfr. Williams K. Powers, *The Native American Church*, en 10 *The Encyclopedia of Religion* 497; y Joseph G. Jorgensen, *North American Religions: Pan-Indian Redemptive Movements*, 10 *The Encyclopedia of Religion* 544.

(3) Cfr. *Lyng v. Northwestern Indian Cemetery Protective Association*, 108 S.Ct. 1319 (1988); *Employment Division, Department of Human Resources of Oregon v. Smith*, 110 S.Ct. 1595 (1990).

(4) De la que es prueba la *American Indian Religious Freedom Act*, de 11 de agosto de 1978: *On and after August 11, 1978, it shall be the policy of the United States to protect and preserve for the American Indians their inherent right of freedom to believe, express, and exercise the traditional religions of the American Indian, Eskimo, Aleut, and Native Hawaiians, including but not limited the access to sites, use and possession of sacred objects, and the freedom to worship through ceremonials and traditional rites* (42 U.S.C.A. § 1996).

Sin embargo, en sus frecuentes conversaciones con el jefe de la tribu Abenaki, Roy había desarrollado una objeción de carácter religioso hacia la tecnología en general. Ambos entendían que la civilización tecnológica estaba substrayendo al hombre moderno su espíritu y que, para alcanzar un elevado estado espiritual y religioso, era preciso evitar todo aquello que privara al ser humano del control sobre su propia identidad. Deseando preparar a su hija menor, *Little-Bird-of-Snow* para un estado espiritual más puro, Roy decide no obtener para ella el número identificativo de la seguridad social, cuyo uso no podría ser controlado por la pequeña.

Ante esta actitud omisiva, el organismo público suspende las ayudas financieras que hasta entonces facilitaba a la familia Roy. Estos demandan al *Pennsylvania Department of Public Welfare* ante la Corte Federal de Distrito⁽⁵⁾, alegando que la Primera Enmienda de la Constitución federal les otorga un régimen de exención para la obtención del beneficio. La Corte de Distrito intenta una cierta *accommodation* a las creencias de los Roy: que junto al número identificativo, la administración gubernamental haga figurar el nombre tribal completo de *Little-Bird-of-Snow*. Stephen Roy rechaza esta solución. El tribunal fallará en favor de la familia Roy en un doble sentido: prohibir el uso y difusión del número identificativo y condenar al organismo por no facilitar las ayudas económicas sin necesidad de la condición general antes señalada.

El problema ante la Corte de Distrito se sitúa bajo la óptica que acuñó la sentencia *Sherbert v. Verner*: petición de exención de una ley de cumplimiento general en virtud de la *Free Exercise Clause*, que se vería infringida al establecer condiciones contrarias a las creencias religiosas de un sujeto para la obtención de un beneficio. En este caso, se entiende aplicable el test del *compelling interest*: las reclamaciones en sede de libre ejercicio de la religión sólo pueden ceder ante un interés primordial y compulsivo del Estado. El tribunal federal examinó los intereses en juego y, de la prueba practicada, concluye que la prevención del fraude y la eficacia de la administración del sistema no exigen privar a la familia Roy de un derecho

(5) *Roy v. Cohen*, 590 F.Supp. 600 (1984).

constitucionalmente protegido.

El supuesto fue llevado ante la Corte Suprema de los Estados Unidos. Allí el caso adquiere nuevos matices y significados. De una parte, no se plantea como reclamación referida a la *Free Exercise Clause*, sino como reivindicación que afecta a otros intereses: la regulación interna del Estado y su normativa de funcionamiento. De ahí que el ponente de la sentencia, el presidente del tribunal Warren E. Burger afirme, tras la exposición de los hechos, que la *Free Exercise Clause* no puede ser entendida como instrumento para exigir al Gobierno que ajuste sus asuntos internos de acuerdo con las creencias religiosas de unos especiales ciudadanos(6), y que la objeción religiosa de Roy no puede prevalecer, de igual modo que no prevalecería una sincera objeción al color o tamaño de los ficheros de oficina del gobierno. La Primera Enmienda —aclara Burger— protege al individuo frente a determinadas formas de presión, pero no le adjudica el derecho de ordenar al Estado el esquema de funcionamiento(7). Además, propone abiertamente un nuevo *test* o *standard* de examen para algunos casos de objeción de conciencia en materia religiosa: prevalece cualquier normativa estatal que sea neutral y uniformemente aplicada si el gobierno demuestra que su regulación legal es un medio razonable o racional para promover el legítimo interés público(8).

(6) *The Free Exercise Clause simply cannot be understood to require the Government to conduct its own internal affairs in ways that comport with the religious beliefs of particular citizens.* 476 U.S. at 699.

(7) *Roy may no more prevail on his religious objection to the Government's use of a Social Security number for his daughter than he could on a sincere religious objection to the size or color of the Government's filing cabinets. The Free Exercise Clause affords an individual protection from certain forms of governmental compulsion; it does not afford an individual a right to dictate the conduct of the Government's internal procedures.* 476 U.S. at 700.

(8) *Absent proof of an intent to discriminate against particular religious belief or against religion in general, the Government meets its burden when it demonstrates that a challenged requirement for governmental benefits, neutral and uniform in its application, is a reasonable means of promoting a legitimate public interest* (476 U.S. at 707-708).

La inmunidad de la organización interna del Estado es la *ratio decidendi* fundamental del caso. El resto de los argumentos no hace más que repetir los criterios sentados en *Reynolds v. United States*(9) o en *United States v. Lee*(10). ¿Cuál es la causa o el argumento que legitiman este cambio de orientación, respecto al *Sherbert test*? Sería interesante adentrarse en el mundo de las razones sociológicas, políticas, los intereses en juego, el peso de los *lobbies* ante la Corte Suprema... temas tan próximos al modo de análisis del jurista norteamericano. Sin embargo, estaremos al texto de la sentencia, que aporta razones estrictamente legales para este cambio.

La razón fundamental del cambio de orientación puede resumirse así: la objeción de conciencia exige del derecho la creación de una zona de excepción, legalmente justificada, al cumplimiento de la norma. Ese régimen de excepciones, basado para el ordenamiento norteamericano en la Primera Enmienda constitucional, no puede menoscabar el ejercicio de otras libertades, ni suponer para el Estado un compromiso con una determinada religión tal, que le haga abandonar su postura de neutralidad, a la que está obligado por la *Establishment Clause*. Por tanto, sólo cabe un régimen de excepción en los casos en los que este ya existiera, si bien ese régimen no contemplaba los motivos religiosos y sí otras causas análogas(11), originando un trato discriminatorio hacia la religión. Este era —según *Burger*— el substrato fáctico de *Sherbert*, que siempre va unido a su carácter de *precedent* y que

(9) 98 U.S. 145 (1879): *Not all burdens on religion are unconstitutional.*

(10) 455 U.S. at 259: *To maintain an organized society that guarantees religious freedom to a great variety of faiths requires that some religious practices yield to the common good.*

(11) Posición compartida por Javier Martínez-Torrón: "En mi opinión, los casos de violación relativa reciben un tratamiento más adecuado desde el principio de igualdad, entendido como exigencia de no discriminación; de tal manera que, mientras difícilmente puede justificarse la absoluta lesión de la libertad de conciencia, son más frecuentes los casos de intereses públicos que permiten una desigualdad de hecho en el tratamiento jurídico de las religiones y creencias, cuando esa desigualdad —que no sería entonces discriminación— es necesario correlato de una válida norma que persigue un interés prevalente del Estado". "La objeción de conciencia en la jurisprudencia del Tribunal Supremo Norteamericano", en *Anuario de Derecho Eclesiástico*, vol.I, 1985, pág. 438.

fundamenta este cambio de criterio de la Corte Suprema(12). Las condiciones para que el *Sherbert test* pueda aplicarse no se dan en este caso, al no existir un originario régimen de excepciones que en su elenco omite la objeción religiosa.

En esta línea de argumentación aparece el *concurring opinion* de Stevens. Este magistrado estima que sí hay un régimen de excepciones a esa obligación de facilitar el código identificativo de la Seguridad Social, ya que la ley establece que las personas con impedimentos físicos, psíquicos o lingüísticos, no tendrán que acudir al organismo oficial a facilitar los datos requeridos, y que incluso si no pudieran designar un representante apto, tampoco se les exigirá que faciliten el código en caso de visita de un funcionario del organismo. Stevens piensa que este régimen de excepción es extensible, para evitar la discriminación hacia el libre ejercicio de la religión, a estos *religious handicaps*(13).

Sandra O'Connor, en su *dissenting opinion* (acorde con su línea habitual en relación con los casos relacionados con objeción de conciencia religiosa en sede de *First Amendment*), aboga por la neta aplicación del *Sherbert test*. Desecha el nuevo

(12) *We reject appellees' contention that Sherbert and Thomas compel affirmance. The statutory conditions at issue in those cases provided that a person was not eligible for unemployment compensation benefits if, "without good cause", he had quit work or refused available work. The "good cause" standard created a mechanism for individualized exemptions. If a state creates such a mechanism, its refusal to extend an exemption to an instance of religious hardship suggests a discriminatory intent. Thus, as was urged in Thomas, to consider a religiously motivated resignation to be "without good cause" tends to exhibit hostility, not neutrality, towards religion.* 476 U.S. at 692

(13) *To the extent that other food stamp and welfare applicants are, in fact, offered exceptions and special assistance in response to their inability to "provide" required information, it would seem that a religious inability should be given no less deference. For our recent free exercise cases suggest that religious claims should not be disadvantaged in relation to other claims.* 476 U.S. at 692. Michael W. McConnell apoya decididamente la idea de una fuerte analogía entre la teoría de la *Free Exercise Clause* en materia de exenciones y la teoría de *handicap discrimination*, estableciendo una comparación entre los textos de la *Americans with Disabilities Act* de 1990 y el Título VII de la *Civil Rights Act*. Cfr. Michael McConnell, *Free Exercise Revisionism and the Smith Decision*, 57 U.Chi.L.Rev. 1109, 1140 (1990).

estándar de revisión propuesto por Burger, indicando que carece de precedentes y reduce drásticamente el valor de la Primera Enmienda(14).

La sentencia entra en abierta contradicción con decisiones posteriores. En concreto, Burger pretende distinguir esta situación de objeción religiosa de una abierta o afirmativa compulsión o prohibición, mediante amenaza de sanción penal, sobre las conductas con implicaciones religiosas(15). Y, sin embargo, esa amenaza penal se da en *Employment Division Department of Human Resources of Oregon v. Smith*(16) sin que la Corte Suprema la tome en consideración, e incluso el ponente no haga referencia a esta posición de fondo. Por otra parte, esa pretendida distinción entre beneficio estatal en virtud de una ley uniformemente aplicada y leyes que directamente se dirijan contra la religión, es precisamente lo que la jurisprudencia en materia de objeción religiosa desde *Sherbert v. Verner* ha negado claramente(17).

No obstante, la sentencia *Bowen v. Roy* no supuso la supresión del *Sherbert*

(14) *Such a test has no basis in precedent and relegates a serious First Amendment value to the barest level of minimal scrutiny that the Equal Protection Clause already provides.* 476 U.S. at 693.

(15) *However, while we do not believe that no government compulsion is involved, we cannot ignore the reality that denial of such benefits by a uniformly applicable statute neutral on its face is of wholly different, less intrusive nature than affirmative compulsion or prohibition, by threat of penal sanctions, for conduct that has religious implications.* 476 U.S. at 704.

(16) *Employment Division Department of Human Resources of Oregon v. Smith*, 110 S.Ct. 1595 (1990).

(17) *The ruling forces her to choose between following the precepts of her religion and forfeiting benefits, on the one hand, and abandoning one of the precepts of her religion in order to accept work, on the other hand. Governmental imposition of such choice puts the same kind of burden upon the free exercise of religion as would a fine imposed against appellant for her Saturday worship.* 374 U.S. at 404. Cfr. *Developments in the Law: Religion and the State*, en 100 Harv.L.Rev. 1606, 1710 (1987).

test: poco más tarde, en *Hobbie v. Unemployment Appeals Commision of Florida*(18) y en *Frazee v. Employment Security Department*(19), la Corte Suprema muestra cómo sigue siendo operativo, rechazando el nuevo estándar de revisión propuesto en *Roy* por Burger(20).

3. Empleo de complementos de vestuario de carácter religioso en el ejército: *Goldman v. Weinberger*(21).

El capitán de las Fuerzas Aéreas norteamericanas S. Simcha Goldman, judío ortodoxo y rabino, trabajaba como psicólogo militar en una base aérea en California. Hasta el año 1981 no tuvo especiales problemas para vestir el tradicional *yarmulke* judío(22), bajo la gorra militar. Sin embargo, al prestar declaración ante una corte marcial, y quedar descubierto de la prenda de cabeza reglamentaria, se le ordena despojarse del *yarmulke*, mandato que se niega a cumplir(23). Se sucede entonces una larga serie de medidas disciplinarias contra el capitán Goldman, trascendiendo la cuestión de la jurisdicción militar a la ordinaria (Corte Federal de Distrito). El caso termina ante la Corte Suprema de los Estados Unidos.

(18) *Hobbie v. Unemployment Appeals Commision of Florida*, 107 S.Ct.1046 (1987).

(19) *Frazee v. Employment Security Department*, 103 L.Ed 2d 914 (1989).

(20) *The Appeals Commision (...) urges that we hold that its justification should be determined under the less rigorous standard articulated in Chief Justice Burger's opinion in Bowen v. Roy (...). Five justices expressly rejected this argument in Roy. (...) We reject the argument again today. Hobbie v. Unemployment Commision of Florida*, 107 S.Ct. at 1049.

(21) *Goldman v. Weinberger*, 475 U.S. 503 (1986).

(22) El *yarmulke* es un gorro en forma de casquete, parecido al solideo, con el que los judíos ortodoxos cubren habitualmente su cabeza. Esta práctica hebraica se origina en Babilonia, durante el periodo talmúdico, y obliga a los varones judíos a cubrir su cabeza ante Dios Omnipresente, salvo que estén inconscientes, sumergidos en el agua o en peligro inminente de perder su vida.

(23) Las ordenanzas militares del Ejército del Aire norteamericano establecen que el personal militar debe ir descubierto en locales cerrados o cubiertos, salvo la policía militar en actos de servicio.

La cuestión, abstractamente considerada, presenta el interés de examinar cómo la libertad religiosa y la objeción de conciencia entran en juego con las limitaciones que producen sobre los derechos las situaciones de especial sujeción de los ciudadanos, y el difícil juego entre esa misma libertad y los criterios de unidad, jerarquía y subordinación en las fuerzas armadas.

Inicialmente, el ponente de la sentencia, Rehnquist, indica que no cabe examinar la cuestión bajo los parámetros habituales en materia de objeción de conciencia religiosa: el contexto militar en el que se incardina el caso del capitán Goldman es muy distinto del clima civil habitual. Las exigencias de disciplina y jerarquía inherentes a la sociedad militar no tienen equivalente en la civil. Constatado este dato, que condiciona toda la argumentación y el fallo, la Corte Suprema no va a establecer un *balancing* de los derechos e intereses en juego. Se limita a considerar la corrección de la decisión de los órganos disciplinarios militares(24), sin aportar un criterio cierto de evaluación de la objeción de conciencia religiosa dentro del ejército.

En su *dissenting opinion*, el magistrado William Brennan denuncia el —a su juicio— grave error cometido por la Corte en esta decisión: declinar su función revisora de la constitucionalidad en la actuación de un poder del Estado. Sin perjuicio de reconocer la circunstancia especial en la que un caso de objeción religiosa se encuentra al producirse dentro de las Fuerzas Armadas, estima que ese contexto militar no puede justificar la acrítica decisión del alto tribunal(25), y que la

(24) *In the context of the present case, when evaluating whether military needs justify a particular restriction on religiously motivated conduct, courts must give great deference to the professional judgment of military authorities concerning the relative importance of a particular military interest.* 475 U.S. at 507. Sobre la *judicial deference*, vid. I, 3.3. § 3.

(25) *Today the Court eschews its constitutionally mandated role. It adopts for the review of military decisions affecting First Amendment rights a subrational-basis-absolute, uncritical "deference to the professional judgment of military authorities". Ante, at 507. If a branch of the military declares one of its rules sufficiently important to outweigh a service person's constitutional rights, it seems that the Court will accept that conclusion, no matter how absurd or unsupported it may be.* 475 U.S. at 515.

normativa militar en materia de vestuario debe ser, al menos, justificada en orden a salvaguardar el derecho de libertad religiosa del objetor.

Es el *dissenting opinion* de Sandra D. O'Connor el que realmente aporta un posible criterio de evaluación o examen del conflicto planteado(26). En primer lugar, sienta de modo sintético el contenido de los criterios precedentes en materia de *Free Exercise exemptions*(27). Después, afirma que estos criterios tradicionales son lo suficientemente flexibles como para poder ser aplicados al ámbito militar. Reconociendo que la disciplina y la jerarquía son intereses especialmente importantes para el Estado, indica que el análisis no puede terminar ahí, en el umbral de los criterios enunciados (como hizo el ponente en cierto modo), sino que es preciso preguntarse si la exención solicitada produce un peligro o amenaza sustancial para ese *especially important governmental interest*. Es decir, si el gobierno aporta la prueba o demuestra convincentemente este extremo. O'Connor concluye exponiendo que el gobierno no ha cumplido con estos condicionantes, que la alegación del Estado —necesidad de una absoluta uniformidad— contradice las excepciones que las propias ordenanzas establecen, y que el hecho de vestir el yarmulke en lugar cubierto dentro del hospital militar no es amenaza alguna para la seguridad, la salud o la disciplina(28).

Es preciso reiterar lo siguiente: el hecho de que esta objeción religiosa surgiera

(26) Cfr. Linda Sugin, *First Amendment Rights of Military Personnel: Denying Rights to those who defend them*, en 62 N.Y.U.L.Rev. 855, 873 (1987). En anteriores decisiones la Corte Suprema no ha dejado de establecer unas bases, aun altamente restrictivas, para evaluar las demandas del personal militar basadas en la Primera Enmienda Constitucional: *Burns v. Wilson*, 346 U.S. 137 (1953); *Parker v. Levy*, 417 U.S. 733 (1974); *Greer v. Spock*, 424 U.S. 828 (1976).

(27) 475 U.S. at 530.

(28) 475 U.S. at 532.

en el ámbito castrense condicionó de modo decisivo el fallo de la Corte Suprema(29). Pocos años antes, el yarmulke fue objeto de controversia ante la Corte Federal de Apelación, Séptimo Circuito, en el caso *Menora v. Illinois High School Association*(30): unos jugadores preuniversitarios de baloncesto demandan al Comité del *High School*, pues las normas para la práctica de este deporte en la liga oficial prohíben, por razones de seguridad en el juego, que los jugadores lleven gorras o prendas de cabeza, a excepción de las usuales *headbands*. Y, no obstante la débil consecuencia sancionadora que se seguía del hecho de vestir el yarmulke, la Corte ordena a las partes procurar llegar a un arreglo (*accommodation*) con el fin de salvar ambos intereses: el de la organización deportiva de velar por la seguridad en el baloncesto y el de los judíos ortodoxos de participar en la liga de baloncesto universitaria, pudiendo cubrir sus cabezas conforme a su tradición religiosa.

4. Negativa a vestir otras prendas distintas de las religiosas en el ámbito de la escuela pública: *United States of America v. Board of Education for the School District of Pennsylvania*.

Alima Delores Reardon, ferviente seguidora de la religión islámica desde el año 1982, se cubría por completo en público, a excepción de la cara y las manos, con la consiguiente extrañeza en el *Philadelphia School District* donde trabajaba. No se produjo ningún problema respecto a su vestimenta hasta 1984: al solicitar unas sustituciones fuera del centro docente donde habitualmente impartía clases, los directores del distrito escolar le indican que no puede ejercer la docencia mientras vista prendas que manifiesten su confesión religiosa, conforme a las leyes públicas del

(29) Como también condiciona, en consecuencia, la decisión del noveno circuito *Khalsa v. Weinberger*, 759 F.2d 1411 (9th Cir. 1985) sobre la inadmisión de un voluntario sikh en el ejército americano. La reacción legislativa a la sentencia se produce tres años después, permitiendo el Congreso ciertas prendas de significación religiosa en el ejército. Cfr. *Amendment to 10 U.S.C. Chapter 45*, § 774, 100th Cong., 2d Sess. (1988), 8 RFR 252.

(30) *Menora v. Illinois High School Association*, 683 F.2d 1030 (7th Cir. 1982).

Estado(31). Negándose a dejar su vestimenta, no se le permitió dar clase. Tras agotar todos los recursos administrativos disponibles contra el distrito escolar, se dirigió a las *Equal Employment Opportunity Commision*, que no logró un acuerdo entre el órgano administrativo y la objetora. Considerando la EEOC que el órgano administrativo había infringido el Título VII de la *Civil Rights Act*, se lleva la cuestión ante los tribunales ordinarios. La Corte Federal de Distrito otorgó juicio favorable a la profesora, pero el distrito escolar recurre la decisión ante el Tercer Circuito de la Corte Federal de Apelación(32), que falla en contra de Reardon.

Ante esta Corte Federal, la cuestión se sustancia a través del Título VII de la *Civil Rights Act*. Por tanto, habrá de dilucidarse si el Distrito escolar puede adaptarse a las exigencias religiosas de la objetora o no, una vez determinada la existencia de una infracción de la libertad religiosa, y la discriminación que la ley estatal provoca sobre ella. El Distrito escolar señala que no cabe *accommodation* a las creencias de la profesora, ya que ésta pasa por la amenaza penal que pesa sobre los directores de colegios que encubran las conductas sancionadas: esto —insiste el *Board of Education*— supondría un *undue hardship*, de naturaleza diversa de aquel al que la jurisprudencia está acostumbrada a enjuiciar en los *sabbatarian cases*. La Corte admite la existencia de ese *undue hardship*, reflejado en un coste no-económico superior al *de minimis*, que la Corte Suprema Federal consagró en la sentencia *TWA*

(31) La legislación a la que se referían sus superiores es la *Pennsylvania Garb Statute*, del año 1895. En él se indica, entre otras cosas, que ningún profesor podrá vestir en escuelas públicas —o mientras cumpla con sus cometidos docentes— ninguna prenda, emblema, signo, etc. que manifieste sus creencias religiosas, suspendiéndose en el empleo al profesor que contraviniera esta disposición durante un año, y llegándose incluso al despido en caso de reincidir en la infracción. También prevé la ley sanciones administrativas para el director de colegio que amparara este tipo de conductas. Esta ley fue redactada —como la propia decisión de la Corte de Apelación señala— en una etapa histórica de anticatolicismo, con el fin —parece— de impedir que los sacerdotes y religiosas católicos enseñaran en la escuela pública.

(32) *United States of America v. Board of Education for the School District of Philadelphia*, 911 F.2d 882 (3rd Cir. 1990).

v. *Hardison*(33).

A lo largo de la decisión salen a relucir otras cuestiones, no menos importantes que la *ratio decidendi* anteriormente explicada.

De una parte, el fuerte peso específico que una decisión anterior sobre una materia similar tiene para la Corte: *Cooper v. Eugene School District*(34). Janet Cooper, perteneciente a los Sikhs, impartía clases en una escuela estatal de Oregon vistiendo ropas blancas y turbante blanco. Amonestada de conformidad con las leyes del Estado de Oregon por su conducta, es suspendida en su empleo y ve revocado su certificado de enseñanza. La Corte Suprema de Oregon confirmó el acto administrativo, al considerar que la norma aplicada era en medio que menos restringía la libertad religiosa en orden a dar cumplimiento al interés estatal de neutralidad religiosa en la escuela pública.

Puesto que el caso *Cooper* llegó a la Corte Suprema en apelación, y en él se aplicó de manera adecuada el *compelling state interest* por parte de la alta magistratura del estado, la Corte de Apelación estudia en profundidad la decisión con el fin de exponer de modo implícito que no cabe una exención a la regla de neutralidad religiosa en el porte externo, si se quiere salvar dicha neutralidad. Cualquier exención violentaría el separatismo, y supone una influencia positiva en los alumnos(35).

(33) *If, as held in Hardison, it is an undue hardship on an employer to require it to violate its collective bargaining agreement by exposing its senior employees to weekend work, we think it follows a fortiori that it would be an undue hardship to require a school board to violate an apparently valid criminal statute, thereby exposing its administrators to criminal prosecution and the possible consequences thereof. The sparse case law addressed to analogous issues provides support for this conclusion.* 911 F.2d at 891.

(34) *Cooper v. Eugene School District No. 4j*, 301 Or. 358, 723 P.2d 298 (1986), appeal dismissed, 480 U.S. 942 (1987).

(35) Transcribo alguno de las frases que la decisión toma de la sentencia *Cooper*: *a rule against such religious dress is permissible to avoid the appearance of sectarian influence, favoritism, or official approval in the public school. The policy choice must be made in the*

De otra parte, la sede para la sustanciación del caso no parece la más adecuada, por cuanto la Primera Enmienda, directamente alegada, hubiera sido suficiente para examinar la constitucionalidad de la norma debatida⁽³⁶⁾, si bien esa vía de sustanciación dejaría al descubierto la tensión interna existente entre las dos cláusulas de la Primera Enmienda en situaciones límite como esta: la libertad religiosa de un sujeto (que comprende no sólo la libertad de creer, sino también la libertad de actuación conforme a ese credo), frente a la neutralidad estatal que esa persona representa y que debe mantenerse incluso por encima sus convicciones personales.

Distinto de los dos casos anteriores es *Mississippi Employment Security Commission v. McGlothin*⁽³⁷⁾. En él, Deborah McGlothin, que pertenecía a los *African Hebrew Israelites out of Ethiopia*, es despedida de su empleo en la escuela pública por negarse a dejar de usar un turbante mientras trabaja en el colegio. El empleo de este turbante no es obligatorio conforme a su religión o creencias. Su uso respondía más bien a una exigencia espiritual híbrida entre sentimiento religioso, identidad racial y expresión de vida. Solicitó subsidio de desempleo al estado, y se rechazó su petición, puesto que se entendió que se trataba de despido imputable al trabajador. La Corte Suprema de Mississippi otorgó fallo favorable a Deborah McGlothin, al estimar que el uso de turbante era expresión religiosa constitucionalmente protegida y que el organismo oficial no podía denegar el subsidio

first instance by those with lawmaking or delegated authority to make rules for the school (723 P.2d at 308) (...) the teacher's appearance in religious garb may leave a conscious or unconscious impression among young people and their parents that the school endorses the particular religious commitment of the person whom it has assigned the public role of a teacher (723 P.2d at 313).

(36) El propio tribunal reconoce esta crítica: *In this case the United States uses Title VII of the Civil Rights Act of 1964, 42 U.S.C. s 2000e et seq., to advance what would more commonly be a free exercise clause challenge (911 F.2d at 884).*

(37) *Mississippi Employment Security Commission v. McGlothin*, 556 So.2d 324 (Miss.1990).

por esta causa(38). Como es natural, la Corte se fundamenta en los precedentes de la Corte Suprema Federal *Sherbert, Thomas y Frazee*. No se trata de una decisión clara y nítida como para merecer mayor atención. Principalmente, por cuanto la raíz religiosa de McGlothin es difusa, al igual que la sinceridad en las creencias, cuestión de hecho y no de derecho, objeto del *dissenting* del juez Lee, para quien no puede otorgarse el subsidio dado el dudoso origen de la práctica religiosa de la peticionaria(39).

5. Objeción de conciencia y regulación de la seguridad pública y vial.

5.1. Objeción de conciencia a los lemas en las placas de matrícula de automóviles.

El caso hasta ahora más conocido, dado que llegó hasta la Corte Suprema, es *Wooley v. Maynard*(40) que se encuadra para la doctrina norteamericana en un campo más amplio: la sustanciación judicial de una cuestión netamente religiosa también a través de la *free speech clause*. Esta vía legal —y también la labor de abogados como Hayden C. Covington— ha resultado fructífera en los numerosos litigios que los Testigos de Jehová han promovido en los Estados Unidos desde la

(38) *Without further ado, we hold that the facts found by the MESC show that McGlothin's conduct was constitutionally protected religious and cultural expression. U.S. Const., Amendments I and XIV; Miss. Const. Art. 3 § 13 (1890). As such, MESC had no authority to deny her claim for unemployment compensation benefits, this even though that conduct may have been misconduct had it not been constitutionally protected expression. 556 So.2d at 331.*

(39) *However, the majority opinion rests on the assumption that McGlothin's beliefs were sincere, when, in fact, no such finding were specifically made. While it is true when there is a failure to make findings of fact, we will assume that those issues were resolved in favor of the Appellee, MESC, at the circuit court level, Bryant v. Cameron, 473 So.2d 174, 179 (Miss.1985), I do not believe we are faced with a failure to make finding in this case; rather, we are faced with ambiguous findings. Ibid. at 334.*

(40) *Wooley v. Maynard, 430 U.S. 705 (1977).*

década de los 30(41).

Las leyes del Estado de New Hampshire exigen que los vehículos de motor privados lleven una placa de matrícula, en la cual figura el lema del Estado: *Live Free or Die*. Constituye falta penal tapar o alterar la matrícula de un vehículo.

George Maynard y su esposa, testigos de Jehová, considerando contrario a sus convicciones morales, religiosas y políticas el lema del Estado, deciden cubrir el lema en todas las matrículas de los vehículos de la familia. Las autoridades de la ciudad denuncian el hecho ante la Corte estatal de distrito, y se condena a Maynard dos veces a pagar multas y una vez a 15 días de cárcel.

Maynard recurrió ante la Corte Federal de Distrito, solicitando *injunctive and declaratory relief*(42) contra las disposiciones penales del Estado de New Hampshire. La Corte decide otorgar esa orden judicial en favor de los Maynard. No obstante, el Estado de New Hampshire recurre la decisión judicial.

Maynard plantea su defensa sobre la Primera Enmienda. Pero no apoya su argumentación sólo en la *free exercise clause*, sino que abarca más imperativos del *Bill of Rights*: disconforme con el lema del Estado, este me obliga a hacerme abierto propagandista de él, a convertir mis automóviles —alega Maynard— en carteleras de anuncios para la promoción de posiciones ideológicas que rechazo(43).

(41) Cfr. Henry J. Abraham, *Freedom and the Court: Civil Rights and Liberties in the United States*, Oxford University Press, 1988, pág.296 y ss.

(42) Vid. ATL.

(43) *By religious training and belief, I believe my "government" —Jehovah Kingdom— offers everlasting life. It would be contrary to that belief to give up my life for the state, even if it meant living in bondage. Although I obey all laws of the State not in conflict with my conscience, this slogan is directly at odds with my deeply held religious convictions (...) I also disagree with the motto on political grounds. I believe that life is more precious than freedom. 430 U.S. at 707, footnote no. 2. I refuse to be coerced by the State into advertising a slogan which I find morally, ethically, religiously and politically abhorrent. 430 U.S. at 713.*

Ante la Corte Federal de Distrito, la alegación de Maynard no fue tomada en consideración en los términos señalados arriba, sino más bien como si de una cuestión de libertad de expresión "simbólica" o figurada (*symbolic speech issue*) se tratara. La Corte Suprema, sin embargo, adopta el modo de análisis que Maynard pretendía: si el Estado puede, conforme a la Constitución, exigir de un ciudadano que participe en la propagación de un mensaje ideológico (incluso pasivamente, como en este caso), colocándolo en un bien particular de ese ciudadano con la intención de que pueda ser visto y leído por la gente. La Corte Suprema entiende que el poder público no puede actuar así⁽⁴⁴⁾. La Primera Enmienda otorga el derecho a la libertad de pensamiento contra o frente a la actuación del poder, incluyendo tanto el derecho de libre expresión como el concomitante de abstenerse de toda manifestación de pensamiento. Un sistema jurídico —indica la sentencia— que asegura el derecho de proselitismo religioso, político o ideológico, garantiza también el derecho de abstenerse de propagar esas ideas.

La comparación con el caso *West Virginia Board of Education v. Barnette*⁽⁴⁵⁾ era obligada, en calidad de adecuado precedente judicial. La Corte

(44) *We are thus faced with the question of whether the State may constitutionally require an individual to participate in the dissemination of an ideological message by displaying it on his private property in a manner and for the express purpose that it be observed and read by the public. We hold that the State may not do so.* 430 U.S. at 713.

(45) 319 U.S. 642 (1943). El *Board of Education* del Estado de Virginia ordenó que el saludo a la bandera nacional se incluyera dentro del programa de actividades ordinarias en los colegios públicos. La negativa al saludo sería contemplada como un acto de insubordinación. Los hijos de Walter Barnette, Paul Stull y Lucy Barnette McClure, testigos de Jehová, fueron expulsados del colegio por negarse a participar en la ceremonia patriótica. Llevado el caso ante la Corte Suprema y, contra lo que cabía esperar a la luz de *Minnerville School District v. Gobitis* (310 U.S. 586, 1940), esta otorgó sentencia favorable a los objetores. El sustrato legal alegado abarcaba no sólo la libertad religiosa, sino todas las libertades garantizadas por la Primera Enmienda Constitucional. Cfr. Javier Martínez-Torrón, "La objeción de conciencia en la jurisprudencia del Tribunal Supremo Norteamericano", Anuario de Derecho Eclesiástico, vol. I, 1985, pág. 432 y ss. El cambio de orientación de la Corte Suprema pudo estar motivado no sólo por el original modo de plantear la alegación (todos los derechos de la Primera Enmienda, especialmente la *free speech clause*), sino también por la similitud que se encontró entre el saludo a la bandera

señala que, aunque la ceremonia obligatoria de saludo a la bandera nacional de *Barnette* supone una más seria infracción de la libertad personal que el mero hecho de llevar un lema estatal en la matrícula, la diferencia es de grado, pero no esencial. Aquí, como en el caso *Barnette*, —dice la Corte— nos encontramos ante una normativa que obliga al individuo, a ser instrumento para propagar la adhesión pública a una ideología que él considera inaceptable. La norma, por tanto, exige del objetor que emplee su vehículo como cartelera móvil para anunciar el mensaje ideológico del Estado, o bien exponerse —si no lo hace así— a sufrir una pena, como de hecho ha sufrido. Como condición para sus traslados en automóvil (virtual necesidad de tantos norteamericanos), los Maynard tienen que mostrar ese lema a cientos de conciudadanos. El hecho de que la gran mayoría de esos ciudadanos estén de acuerdo con el lema del Estado, no justifica que tenga que llevarse: muchos americanos aceptan la ceremonia de saludo a la bandera. La finalidad de la Primera Enmienda se cifra en la protección del derecho de los individuos a mantener puntos de vista diferentes de los que tiene la mayoría y también se sitúa en el derecho a negarse a difundir una idea que se considera moralmente objeccionable⁽⁴⁶⁾.

Habiendo sentado la Corte Suprema de manera sólida la implicación del supuesto con la Primera Enmienda constitucional, pasa a examinar si el interés del Estado por mantener la normativa es suficientemente compulsivo o importante como para justificar su primacía frente a los objetores religiosos. Los motivos fundamentales defendidos por el Estado para la plena aplicación de su normativa fueron: facilitar la identificación de los pasajeros del vehículo y promover el aprecio de los ciudadanos a los valores patrióticos y a la historia peculiar del Estado.

La Corte rechaza que esas motivaciones sean *compelling interest*: la

y las ceremonias del totalitarismo nazi. Cfr. Gloria M. Morán, "La Protección Jurídica de la libertad religiosa en U.S.A.", Universidad de Santiago de Compostela, 1989, pág. 85 y 86.

(46) *The First Amendment protects the right of individuals to hold a point of view different from the majority and to refuse to foster, in the way New Hampshire commands, an idea they find morally objectionable.* 430 U.S. at 715.

identificación del vehículo y de sus pasajeros se verifica por la numeración y las letras, el color, etc., no propiamente por el lema contenido en la matrícula. Por otra parte, el interés del Estado por comunicar unos valores oficiales no es ideológicamente neutral, y ese interés —con independencia de lo aceptables que sean esos valores— no puede prevalecer sobre los derechos constitucionalmente protegidos del individuo.

El magistrado Rehnquist, en su *dissenting opinion*, considera la cuestión desde una óptica más realista o material, si se prefiere, que el resto del Tribunal: el Estado no está obligando a los objetores religiosos a "decir" algo. Tampoco les está obligando a comunicar ideas por medios no verbales, tales como llevar una "chapa" en la solapa promoviendo una candidatura política u ondear una bandera como gesto simbólico. Distingue este magistrado, por tanto, el tratamiento de esta cuestión de una afirmativa presión del poder político a expresar el asentimiento a un determinado mensaje ideológico⁽⁴⁷⁾. También agudiza las diferencias con el caso *Barnette*: en la cuestión presente, no se obliga a los objetores a una afirmación de creencias; para que la Primera Enmienda esté en juego, es preciso que el poder coloque a los sujetos en la posición de afirmar o declarar, al menos en apariencia, que algo es verdad. Y puesto que el supuesto no encaja dentro de la Primera Enmienda, bien podrán los objetores en este caso —dice Rehnquist— colocar en el parachoques delantero un cartel que indique su desacuerdo con el lema del Estado, sin obligar a una alteración del diseño normal de la matrícula. Añade Rehnquist que los ciudadanos ateos en los Estados Unidos no consideran infringidos sus derechos constitucionales, ni estar afirmando creencia alguna, por manejar habitualmente monedas en las que se lee los lemas: *in God We Trust*⁽⁴⁸⁾.

(47) 430 U.S. at 721.

(48) *The fact that an atheist carries and uses United States currency does not, in any meaningful sense, convey any affirmation of belief on his part in the motto "in God We Trust". Similarly, there is no affirmation of belief involved in the display of state license tags upon the private automobiles involved here.* 430 U.S. at 722. No obstante, Rehnquist no podía predecir el futuro: en un recentísimo caso ante la Corte Suprema del Estado de New Jersey, tres ciudadanos agnósticos —Adam Jacobs, Charles Novins, y Ann Sorrell— solicitan la supresión en unas licencias estatales de la referencia en ellas contenida: se decía que la

Es importante destacar, en todo caso, la efectividad de esta combinación entre las cláusulas de libre ejercicio y libre expresión. Para muchos autores, la jurisprudencia basada en la *Free Exercise Clause* no ofrece unos perfiles ciertos y definitivos. La Corte Suprema no ha elaborado una teoría global y fija, unos criterios estables para el tratamiento de estas excepciones. Frente a esta carencia, el modo de análisis consagrado para la *free speech clause* ofrece una mayor madurez y certeza, amén de fórmulas exportables a la jurisprudencia en materia de objeción de conciencia⁽⁴⁹⁾.

5.2. Objeción de conciencia a las fotografías en documentos de identidad.

Los casos más conocidos en la jurisprudencia norteamericana son *Bureau of Motor Vehicles v. Pentecostal House of Prayer*, *Johnson v. Motor Vehicle Division* y *Jensen v. Quaring*.

5.2.1. La aplicación de los tradicionales precedentes a un nuevo problema de objeción de conciencia: *Bureau of Motor Vehicles v. Pentecostal House of Prayer*(50).

Un grupo religioso afincado en el Estado de Indiana, extrae de la lectura literal del libro del Deuteronomio (5:8) la conclusión de que es inmoral, contrario al segundo precepto del Decálogo, las reproducciones de figuras humanas por medio de la fotografía.

En el Estado de Indiana, las normas por las que se regula el permiso de

licencia estaba concedida "en el año de Nuestro Señor...". La Corte Suprema otorgó juicio favorable a los demandantes (ref. 32 JCS 180, 1990).

(49) Cfr. *Developments: Religion and the State*, 100 Harv.L.Rev. 1606, 1713 (1987); Marshall, *Free Exercise Dilemma: Free Exercise as Expression*, 67 Minn.L.Rev. 545 y ss (1983).

(50) *Bureau of Motor Vehicles v. Pentecostal House of Prayer*, 380 N.E.2d 1225 (1978).

conducir obligan a que en este figure una fotografía. Se produce, por tanto, un choque entre las exigencias de las normas administrativas estatales y los preceptos morales de esta confesión. Aunque no sólo esta confesión desarrolló una objeción de este tipo: una rama de los Amish (*Beachy* o *Black Car Amish Sect*) sostenían la misma tesis.

El grupo religioso acude en bloque ante la Corte Superior del Condado, y esta falla en su favor, ordenando al órgano administrativo competente (*Bureau of Motor Vehicles of the State of Indiana*) que no obligue a los miembros de la *Pentecostal House* a cumplir con este requisito. La administración apela la sentencia ante la Corte Suprema de Indiana, en el año 1978.

La decisión de la Corte Suprema del Estado fue adoptada por unanimidad. Los magistrados encontraron en los precedentes *Sherbert* y *Yoder*(51) la respuesta adecuada al supuesto que se les planteaba.

Alega el órgano administrativo apelante que la conducción de un automóvil en el Estado es un privilegio —no un derecho— sujeto a una reglamentación establecida por el poder político, y que la exigencia legal de una fotografía para los razonables fines de identificación del poseedor de la licencia es una regulación razonable que se superpone a la libertad religiosa de los apelados.

El tribunal rechaza la argumentación: se remite al caso *Sherbert*, donde el

(51) *Wisconsin v. Yoder*, 406 U.S. 205 (1972), planteó la constitucionalidad de la escolaridad obligatoria en Wisconsin para los hijos de los miembros de la *Old Order Amish* mayores de 16 años. Las costumbres religiosas de este grupo, establecen que a partir esa edad, los *Amish* abandonan la escuela, para recibir una educación religiosamente orientada, en el seno de la comunidad *Amish*. La Corte Suprema de los Estados Unidos entendió que la escolaridad obligatoria, en este caso, infringe la libertad religiosa de los sujetos de esa confesión, y sentó las bases jurisprudenciales en materia de *Free Exercise* (cuando la libertad religiosa entra en conflicto con la legislación estatal o federal, esa libertad sólo pierde su prevalencia ante unos intereses del Estado del más alto orden y que no puedan ser satisfechos por otros medios).

supuesto se planteó en términos similares⁽⁵²⁾. Y adopta el modo de análisis de *Sherbert* para el estudio de la cuestión: los apelados han de demostrar que su objeción está basada en motivos religiosos; los apelantes entonces han de demostrar que, de hecho, las creencias religiosas no han sido infringidas y, de serlo, que hay un interés de alto orden, compulsivo, que justificaría ante el juzgador la plena aplicación de la normativa por encima de los derechos constitucionales de los objetores.

Comprobado el primer extremo, la raíz religiosa de la objeción, amén de la necesidad real que los objetores tienen de emplear lícitamente el automóvil en sus desplazamientos⁽⁵³⁾, se desplaza la prueba procesal al órgano apelante. El *Bureau of Motor Vehicles* defiende como fines o intereses justificativos la obligación del Estado de garantizar la competencia de los conductores y las seguridad del tráfico, fin para el que es necesario que los agentes de tráfico puedan rápidamente identificar al conductor de un automóvil. La Corte Suprema entiende, sin embargo, que hay otros medios alternativos para lograr ese mismo fin respetando la libertad religiosa de los objetores, como sería que el permiso de conducir contuviera los datos de peso, altura color de los ojos, etc. En realidad, indica el tribunal, el hecho de no llevar fotografía en el permiso de conducir perjudica más a los propios objetores que al Estado, ya que aquellos se encontrarán con problemas serios a la hora de realizar transacciones mercantiles para las que se exige la identificación documental mediante fotografías del sujeto.

Por tanto, la Corte Suprema de Indiana llega a una solución "clásica" en

(52) It is too late in the day to doubt that the liberties of religion and expression may be infringed by the denial of or placing of conditions upon a benefit or privilege. Sherbert v. Verner, 374 U.S. at 404. Es evidente —aunque la Corte no analice explícitamente la *fattispecie* de los supuestos— que ambos casos son formas de objeción de conciencia relativa.

(53) En concreto, los apelados alegan la imperiosa necesidad de usar el vehículo para llegar a sus trabajos y acudir a los servicios religiosos. Además, el reverendo Bridwell, ministro de la *Pentecostal House of Prayer*, testificó que le era imprescindible el automóvil para recoger a algunos feligreses y poder trasladarse a atender a fieles enfermos o ancianos. (380 N.E.2d at 1228).

materia de objeción de conciencia religiosa, en virtud no sólo de la explícita doctrina de los precedentes antes ya señalados, sino también —de modo implícito— a través de ese complemento importante que es el carácter de *less restrictive means*(54) (medio menos restrictivo de la libertad) de la regulación que se debate. En este caso, la fotografía no es el medio menos restrictivo: la identificación puede operarse a través de los datos sustitutivos propuestos por la Corte.

5.2.2. Una conclusión opuesta a partir de los mismos precedentes jurisprudenciales: *Johnson v. Motor Vehicles Division*.

Algunos ciudadanos del Estado de Colorado, miembros de la organización religiosa denominada YHWHHOSHUA, solicitaron del *Motor Vehicle Division, Department of Revenue* la obtención de permisos de conducir. Reunían todos los requisitos de edad y aptitud para obtener la licencia. El problema estaba en que se negaban a cumplir con la formalidad exigida de entregar una fotografía para que figure en el permiso. La razón de esta objeción es la lectura literal que este grupo religioso hace del libro del Exodo (20:4) y del libro del Deuteronomio (5:8).

El conflicto generado se lleva ante los tribunales de justicia, una vez más, en sede de Primera Enmienda. Inicialmente conoce del pleito la Corte estatal de Distrito del Condado de Denver y, posteriormente —en recurso de *rehearing*— la Corte Suprema de Colorado(55), ratificando la sentencia del tribunal inferior.

Los elementos de análisis de la decisión podrían calificarse de tradicionales o clásicos en materia de *Free Exercise Clause*. En concreto, se acude a las *rationes*

(54) Recuérdese la concreta caracterización del *test* sobre excepciones en materia de Primera Enmienda que hace J. Sandra O'Connor en *Goldman v. Weinberger*, 475 U.S. at 530

(55) *Johnson v. Motor Vehicles Division*, Colo., 593 P.2d 1363 (1979).

decidendi y *dicta* de las sentencias *Wisconsin v. Yoder*(56), *Braunfield v. Brown*(57), y a la caracterización otorgada por Giannella del *Sherbert test* a la hora de valorar si los intereses estatales priman sobre la libertad religiosa(58).

La Corte Suprema de Colorado trata de distinguir la naturaleza y características del gravamen impuesto por el estado en *Sherbert* de los presentes en este supuesto. Indica que el régimen de excepción en el primer caso preexistía a las situaciones de objeción de conciencia religiosa y que lo que realmente se operó fue una extensión del beneficio a los no-trabajadores en sábado, que se encontraban discriminados respecto de los que no trabajan en domingo. Y añade que no existe discriminación religiosa en el supuesto presente. Reconociendo el gravamen que la regulación debatida puede causar a los objetores religiosos, estima que no hay una identidad con el precedente federal. Por tanto, remite la objeción de conciencia relativa a la discriminación. Pero lo que la Corte Suprema de Colorado no valora es el resultado de las dos regulaciones: el gravamen impuesto en la conducta omisiva religiosamente motivada, causado por la denegación de un beneficio estatal, que —a juicio de algún comentarista de esta sentencia— es incluso más oneroso en *Johnson* que en *Sherbert*(59).

(56) *Only those interest of the highest order and those not otherwise served can overbalance legitimate claims to the free exercise of religion* 406 U.S. at 215.

(57) *even when the action is in accord with one's religious convictions, is not totally free from legislative restrictions* 366 U.S. at 603

(58) *First, the importance of the secular values underlying the governmental regulation; second, the degree of proximity and necessity that choosen regulatory means bears to the underlying value; and third, the impact that an exemption would have on the overall regulatory program.* Donald A. Giannella, *Religious Liberty, Non-establishment, and Doctrinal Development: Part I, The Religious Liberty Guarantee*, en 80 Harv.L.Rev. 1381, 1390 (1967).

(59) *Unlike the denial of unemployment benefits in Sherbert, which is temporary, the refusal to issue Assembly members driving permits results in a permanent handicap of their mobility that could hinder both their employment opportunities and the fulfillment of their church duties* Lynn R. Ledbetter, *Casenotes. Constitutional Law.- Free Exercise of Religion.* en B.Y.U.L.Rev. (1980). p. 477-478.

También se examina en el caso si el interés del Estado es lo suficientemente importante como para primar sobre la infracción indirecta de la libertad religiosa y de conciencia de los objetores. Concluye el Tribunal afirmativamente, a partir de las alegaciones y prueba aportados por el *Motor Vehicle Division*. Este departamento estatal indica que la fotografía es el único medio de identificación rápida en carretera de los conductores de vehículos por parte de los agentes de tráfico. Además, en el Estado de Colorado es el único medio de identificación a efectos legales distintos del tráfico por carretera (penal, mercantil, etc.), a excepción de la *identification card* que se expide a los mayores de dieciocho años que no poseen carnet de conducir. Sin embargo, hay que tener en cuenta que este interés compulsivo del Estado se agrieta, si tenemos en cuenta que en el Estado de Colorado existe permisos de conducir que no requieren fotografía alguna (temporales o provisionales, de prácticas, militares, no residentes, conductores de maquinaria agrícola, etc.)(60). El interés del Estado, por otra parte, se ve también frustrado en la medida en que esas otras finalidades aludidas (identificación penal, mercantil, etc.) se ven incumplidas con independencia de que se otorgue una excepción, puesto que lo que los objetores no van a hacer —en cualquier caso— es poner su fotografía en un documento. Por último, indicar que la solución que el fallo judicial da al supuesto es incongruente con los precedentes que la propia Corte había mantenido en materia de tráfico rodado en otras ocasiones(61).

Hubiera sido interesante que el Tribunal Supremo explicara los motivos para no seguir, como habían pedido los objetores, los criterios sentados por la sentencia *Bureau of Motor Vehicles v. Pentecostal House* que, si bien no constituye *binding authority*, sí que, por la proximidad fáctica, podría considerarse de gran valor como

(60) Cfr. Lynn R. Ledbetter, op. cit., pág. 470.

(61) *Every citizen has an inalienable right to make use of the public highways of the state; every citizen has full freedom to travel from place to place in the enjoyment of life and liberty. The limitations which may be placed upon this inherent right of the citizen must be based upon a proper exercise of the police power of the state in the protection of the public health, safety and welfare. Any unreasonable restraint upon the freedom of the individual to make use of the public highways cannot be sustained. People v. Nothaus, 363 P.2d at 182 (1961).*

pervasive authority en el uso del precedente. Simplemente se despacha la cuestión, indicando la imposibilidad de atender a esa decisión dado que se apoya en *Sherbert*. Como se ha indicado anteriormente, la restricción de la objeción relativa a los argumentos de discriminación puede ser la causa de la denegación.

Teniendo en cuenta el fallo desfavorable de esta decisión, no es de extrañar que la Corte Federal de Distrito de Colorado mantenga la misma tesis que la Corte Suprema del Estado en la decisión *Dennis v. Charnes*(62). En este caso, el demandante es William Dennis, miembro de la Asamblea de YHWHHOSHUA, que solicita permiso de conducir, pero objetando también a la inclusión de fotografías en el mismo. Los motivos para la denegación son similares a los de la sentencia anterior(63).

La jurisdicción estatal de Idaho también tuvo ocasión, en 1986, de decidir acerca de esta forma de colisión peculiar entre libertad religiosa y normas de seguridad vial. Nos referimos al caso *Bisset v. State*(64).

En junio de 1984, Kenneth Bisset fue detenido por la policía de carreteras, siendo sancionado por carecer de permiso de conducir, matrículas y seguro obligatorio del vehículo. Demanda Bisset al Estado ante la Corte estatal de distrito, por considerar que esos requerimientos legales infringen su libre ejercicio de la religión(65). La sentencia de primera instancia desestima la demanda y Bisset recurre la decisión a la Corte estatal de apelación. Realmente, este tribunal se

(62) *Dennis v. Charnes*, 571 F.Supp. 462 (D.C.Colorado, 1983).

(63) *The right to travel, like the right to free exercise of religion, is fundamental, but not absolute. (...) The Supreme Court has held that conditions precedent to granting a driver's license, car registration or license plates do not infringe on constitutional rights (...) The state's interest in instantaneous identification is equally compelling, and the dearth of alternatives to photographs just as telling, under a right to travel analysis, as under a religious freedom analysis. Ibid. at 464.*

(64) *Bisset v. State*, 727 P.2d 1293 (Idaho App.1986).

(65) La decisión recogida en el *Pacific Reporter* no indica la confesión del demandante.

sorprende de lo peculiar del caso, de la "sinceridad" del apelante en sus creencias prácticas(66). El esquema de revisión de la cuestión está estructurado según la clásica docotomía de la decisión *Reynolds v. Unites States*(67): *freedom to act-freedom to believe*. Dentro de la libertad religiosa en la vertiente de comportamientos, el Tribunal examina la prueba del Estado acerca de la importancia del interés subyacente a la normativa que el apelante considera inconstitucional. Los tres intereses alegados por el Estado de Idaho son seguridad, protección y orden públicos. Ante la prueba de tales intereses, el tribunal no duda en declarar la constitucionalidad de la normativa, y rechazar la pretensión del apelante, entendiendo además que no existe otro medio menos restrictivo para la libertad religiosa con el que lograr eficazmente esos intereses(68).

5.2.3. Los precedentes clásicos en la jurisprudencia federal: *Quaring v. Peterson*(69).

La sentencia federal que a continuación se analiza recibió la confirmación de la Corte Suprema Federal(70), al ser recurrida por el órgano administrativo estatal

(66) *A first look at the pleadings in this case is apt to provoke skepticism and to invite easy rejection of Bisset's claims for relief. His "unconventional" religious views leave little, if any, room for laws that, under the Constitution, are intended to be equally applicable to all people. (...) We are, moreover, impressed with the apparent sincerity of Bisset's beliefs and with his determination to pursue, unaided, judicial redress of a perceived infringement upon his rights. 727 P.2d at 1295.*

(67) *Reynolds v. United States*, 98 U.S. 145 (1878).

(68) *Each of the requirements in question for registering and insuring motor vehicles and licensing of operators plays a necessary part in effective management of the problems. It is difficult to imagine any less burdensome regulations which would achieve any measure of success. We hold that the licensing and insurance regulations are essential to achieving the state's overriding interest. Ibid. at 1296.*

(69) *Quaring v. Peterson*, 728 F.2d 1121 (8th Cir., 1984).

(70) *Jensen v. Quaring*, 472 U.S. 478 (1985). Ya en 1984 una Corte Superior de California falla en favor de la objeción a las fotografías en permisos de conducir en *Stackler v. Department of Motor Vehicles*, No. 296081 (Cal.Super.Ct July 10. 1984), 4 RFR 234.

en *writ of certiorari*.

El planteamiento de los hechos reviste caracteres similares a los de los casos anteriores. Una ciudadana del Estado de Nebraska solicita la expedición del permiso de conducir, pero se niega a facilitar la fotografía que, conforme a la normativa de tráfico, debe figurar en toda *drive license*. Sin pertenecer formalmente a la Iglesia Pentecostal, frecuenta con su familia los cultos de esa confesión. Sin embargo, la Iglesia Pentecostal no objeta formalmente contra las fotografías o reproducciones de seres vivos.

La Corte Federal de Distrito otorgó decisión favorable a la objetora. Ante este fallo, el Departamento estatal de vehículos de motor apela la decisión.

Recordemos que la primera condición sentada, ya muchos años antes, por la jurisprudencia para otorgar protección a través de lo que se ha llamado *free exercise exemptions* es que la negativa del objetor sea de raíz religiosa. De ahí que el primer elemento que examinarán los tribunales será la naturaleza religiosa de la motivación, aunque no pueden —ni deben— examinar la autenticidad o verosimilitud del credo concreto que profesa el objetor(71). En este caso, el tribunal comprueba si Francis Quaring sostiene de modo sincero unas creencias que sustentan su objeción, y concluye positivamente al respecto(72). La cuestión se torna entonces en si esas creencias son netamente religiosas, dado que no son identificables con los preceptos

(71)Cfr. Donald A. Giannella, *Religious Liberty, Nonestablishment and Doctrinal Development. Part I.- The Religious Liberty Guarantee*, 80 Harv.L.Rev. 1380, 1390 (1967). *Notes.- Religious Exemptions Under the Free Exercise Clause: A Model of Competing Authorities*, 90 Yale L.J. 350, 355 (1980).

(72) La señora Quaring, según el testimonio de los documentos aportados, no sólo rechazó la fotografía en el carnet de conducir: en su casa no tenía ningún tipo de fotografía o reproducción de seres vivos: no conservaba foto de su boda, no tenía aparato de televisión ni cuadros que representaran animales o plantas. En el caso de que, al realizar la compra diaria, adquiriese algún producto cuyo envase reprodujese algún ser vivo, quitaba las etiquetas donde aparecían esas reproducciones o las cubría completamente de negro con un rotulador. (cfr. 728 F.2d at 1123).

morales de la confesión cuyos cultos frecuenta. Y esta identificación se va a operar de modo "mixto": de una parte, el tribunal recurre al concepto expansivo que propició el caso *Seeger*(73) y de otra examina las raíces religiosas de las creencias de Quaring, procedentes de otras confesiones, mediante prueba pericial(74).

La alegación específica del Departamento estatal ante la Corte Federal de Apelación se cifra en los siguientes extremos: 1/ la exigencia reglamentaria de exhibir en la licencia de conducir la fotografía no infringe la libertad religiosa de la objetora; aun cuando tal infracción fuera real, el Estado tiene un interés prevalente que prima sobre la libertad religiosa, sin que exista otro medio menos restrictivo de esa libertad para cumplir la ley y el propio interés estatal ínsito en ella; 2/ si se permite una exención a la objetora, se incurriría en una actuación inconstitucional, al infringir el mandato de la *Establishment Clause*.

El tribunal federal de apelación procede a partir de los clásicos precedentes en materia de *free exercise exemptions*. Es por ello que se pregunta acerca de si se produce un gravamen en la libertad religiosa, y contesta afirmativamente, sobre la base de las decisiones de la Corte Suprema *Sherbert* y *Thomas*(75). Siguiendo el

(73) *Although a religious belief requires something more than a purely secular philosophical or personal belief, (...) courts have approved an expansive definition of religion* (728 F.2d at 1123). Vid. II, 3.2.5. § 6 y ss.

(74) *Quaring's beliefs, though unusual in the twentieth century, are religious in nature. The Second Commandment, the basis for her beliefs, expressly forbids the making of "any graven image or likeness" of anything in creation. (...) Quaring's refusal to allow herself to be photographed is simply her response to a literal interpretation of the Second Commandment. (...) In cases involving the religion clauses, courts sometimes cite authoritative works recognizing certain religious beliefs as supplemental evidence of the religious nature of a litigant's beliefs (...) Although the Nebraska officials do not seriously contest the sincerity and religious nature of Quaring's beliefs, we have briefly surveyed the literature discussing the Second Commandment (...)* 728 F.2d at 1123-1124.

(75) *Under the proper analysis, a burden upon religion exists when "the state conditions receipt of an important benefit upon conduct proscribed by a religious faith, *** thereby putting substantial pressure on an adherent to modify his behavior and to violate his beliefs"* *Thomas v. Review Board*, 450 U.S. at 717-18. 728 F.2d at 1125

orden clásico de examen, pone en actuación el *balancing test* propio de estos supuestos(76).

Los apelantes alegan que el interés público del Estado encuentra su justificación principal en motivos de seguridad pública: sólo los permisos de conducir que llevan fotografía permiten la rápida identificación por parte de los agentes de tráfico: por ello al menos 47 estados de EE.UU. exigen este requisito(77). Pero la Corte de Apelación no entiende que este motivo sea abrumadoramente importante (*overriding*). En concreto, el propio estado de Nebraska permite ciertos tipos de permisos de conducir que carecen de fotografía (permisos temporales, maquinaria agrícola, permisos para *learners*, etc). También indica que uno de los estados más poblados de la Unión (Nueva York) no exige fotografía en el permiso. Al igual que en decisiones anteriores sobre la misma materia, sale a relucir la seguridad en las transacciones comerciales. Pero la Corte vuelve sobre el argumento de que conceder la exención a Quaring no debilita ese interés estatal, ya que muchas personas realizan transacciones sin mediar permiso de conducir: porque no lo tienen o porque su permiso puede no tener fotografía —como es el caso de los permisos del estado de Nueva York. En todo caso el estado de Nebraska no ve perjudicado su interés comercial, ya que quienes no lo deseen por considerarlos inseguros, no realizarán contratos o transacciones con Quaring . También argumentan los apelantes las dificultades administrativas que se siguen de la exención; generalmente la alegación de este tipo de intereses no suele prosperar, y así ocurre también en este caso. Los

(76) *The state may justify a limitation on religious liberty by showing that it is the least restrictive means of achieving a compelling interest. (...) In articulating the standard, the state must meet, the Supreme Court has said, that "only those interests of the highest order and those not otherwise served can overbalance legitimate claims to the free exercise of religion". Wisconsin v. Yoder, supra, 406 U.S. at 215. 728 U.S. at 1126.*

(77) Entre las distintas categorías de intereses públicos, la seguridad pública suele ocupar —cara a los tribunales de justicia norteamericanos— un lugar prominente en el *balancing test*. Pero seguridad referida más bien a salud pública. No obstante, los apelantes hacen que figure este motivo en primer lugar, tal vez con la intención de equiparar la salud pública con la seguridad vial. Sobre el valor de la salud pública y la seguridad como *public interest*, cfr. Donald A. Giannella, *Religious Liberty, Nonestablishment and Doctrinal Development. Part I.- The Religious Liberty Guarantee*, 80 Harv.L.Rev. 1380, 1390-1396 (1967).

apelantes también traen a colación el problema del choque exenciones-*Establishment Clause*. La Corte no entra siquiera a considerar el problema, y se remite a los argumentos jurisprudenciales contenidos en las decisiones *Sherbert* y *Thomas*.

En 1987 la Corte de Apelación del Distrito de Columbia decide sobre un supuesto de objeción a los números de seguridad social en relación con la denegación del permiso de conducir. Se trata de la sentencia *Leahy v. District of Columbia*(78).

En abril de 1983, el demandante, John C. Leahy, residente entonces en el Distrito de Columbia, solicita del organismo competente el permiso de conducir. La normativa municipal del Distrito exigen que para la obtención del permiso el solicitante debe facilitar el número de seguridad social(79). Leahy no facilitó, por objeción religiosa(80), el número de seguridad social, y presentó —como medio alternativo de identificación— su pasaporte y la partida de nacimiento. No aceptó el organismo oficial esta documentación y no se permitió a Leahy hacer el examen para obtener el permiso de conducir. Poco después, el objetor escribe a las autoridades del Distrito de Columbia, solicitando que se le autorizase tener permiso de conducir sin facilitar el número de seguridad social, pero se deniega esta petición. La Corte de Apelación —ante quien se recurre el fallo negativo al objetor de la Corte de Distrito— se acoge al requerimiento de *less restrictive means* para entender que el Distrito de Columbia no demuestra que la exigencia del número de seguridad social sea ese

(78) *Leahy v. District of Columbia*, 833 F.2d 1046 (D.C.Cir. 1987).

(79) D.C. Mun.Reg. tit. 18 § 103.2 (1981): *each application shall state the applicant's true and full name (which shall include the applicant's full and complete name, including any given middle name or names); the applicant's date of birth; sex; social security number; the residence address of the applicant, including, but not necessarily limited to, the applicant's height, weight, color of eyes, and color of hair.*

(80) En el Apocalipsis de San Juan 14:9-11, se recoge la visión de las dos bestias. Se dice en ese libro del Nuevo Testamento que quien reciba la marca de la segunda bestia (un número que se exige para comprar y vender) será condenado al daño eterno. 833 F.2d at 1048.

medio menos restrictivo (los permisos de conducir de diplomáticos en el Distrito no tienen que ofrecer el número de seguridad social, según demuestra Leahy)(81). Por tanto, falla en favor del objetor(82).

La sentencia reviste también especial interés porque el Distrito de Columbia conminó al Tribunal a no extender la doctrina jurisprudencial del *compelling state interest* desde la administración de programas estatales de beneficios (es decir, los *unemployment compensation cases*, como Thomas(83)) a la normativa de seguridad pública, puesto que tal régimen de seguridad pública exige que la libertad religiosa sea sometida a un estándar de revisión menos riguroso. Sin embargo, la Corte entenderá que, no obstante la decisión *Bowen v. Roy* (de la cual podría inferirse un carácter prevalente de la organización interna del ejecutivo frente a peticiones basadas en la *free exercise clause*), debe aplicarse ese criterio jurisprudencial íntegramente(84).

(81) (...) *The District has not demonstrated that requiring a religious objector to provide his social security number in order to obtain a driver's license is the least restrictive means of achieving the concededly vital public safety objective at stake.* En nota a pie, se especifica: *Leahy observed that accommodating his objection would not require the District to establish new procedures, for the city already had in place an alternate system of numbers, used for issuing diplomatic driver's licenses.* Ibid. at 1049.

(82) No obstante, no hay uniformidad de criterio sobre el supuesto de objetor al número de seguridad social para la obtención del permiso de conducir, como manifiesta la decisión de la Corte Suprema de Missouri *Penner v. King*, 695 S.W.2d 887 (Mo. 1985), 5 RFR 161 (contraria a otorgar exención) y la sentencia de la Corte Suprema de Wyoming *Wyoming ex rel. Scholl v. Anselmi*, 640 P.2d 746 (Wyo. 1982), 2 RFR 68 (favorable a la exención).

(83) Vid. III, 2.9.

(84) *Nothing in current Supreme Court precedent warrants acceptance by a lower court of the proffered distinction between public safety and public benefit legislation for the purpose at hand. In its most recent pronouncement in this area, albeit in the setting of a public benefits (unemployment compensation) scheme, the Supreme Court resoundingly rejected modification of the "strict scrutiny/compelling interest" test (...) Hobbie v. Unemployment Comm'n of Florida, -U.S.-, 107 S.Ct. 1046, 1049-50, 94 L.Ed.2d 190 (1987).* Ibid. at 1048, nota a pie de página 4.

5.3. Objeción a los triángulos reflectantes en los vehículos de tracción animal: *Minnesota v. Hersberger*.

El proceso del que me ocuparé a continuación consta de tres fases diferenciadas y claramente influidas por la situación de cambio originada por la sentencia *Smith II*(85). La primera fase se sustanció ante la Corte Suprema del Estado de Minnesota(86); la segunda, ante la Corte Suprema de los Estados Unidos, a petición de la Corte Suprema estatal, en *writ of certiorari*(87); la tercera de nuevo ante la Corte Suprema del Estado, a partir de las orientaciones sugeridas por la Corte Suprema USA(88).

El supuesto planteado supone de alguna forma un modelo fáctico de la objeción de conciencia religiosa al margen del fenómeno militar-belicista o, si se quiere, un paradigma de las nuevas formas de objeción de conciencia que esta memoria viene a resaltar.

El mundo cinematográfico norteamericano nos introdujo, hace ya algunos años, de la mano de Harrison Ford, en el mundo de los *Amish*(89). El aficionado al cine recordará cómo —por motivos estrictamente religiosos— los seguidores de esta confesión realizaban sus desplazamientos en vehículos de tracción animal. La reglamentación vial del estado de Minnesota establece que los vehículos de tracción

(85) *Employment Division, Department of Human Resources of Oregon v. Smith*, 110 S.Ct. 1595 (1990). Vid. capítulo I, 2.2.3.

(86) *State of Minnesota v. Hershberger*, 444 N.W.2d 282 (1989).

(87) *Minnesota v. Hershberger*, 110 S.Ct. 1918 (1990). Sobre el *writ of certiorari*, vid. ATL.

(88) *State of Minnesota v. Hershberger*, 462 N.W.2d 393 (1990).

(89) Los *Amish* constituyen una rama de los Menonitas suizos y alsacianos, cuya escisión se produce entorno a 1693-1697 en virtud de la reforma del obispo menonita suizo Jacob Amman. Cfr. Cornelius J. Dyck, *Mennonites*, 9 The Encyclopedia of Religion, 376 (1987).

animal que circulen por la vía pública vienen obligados a exhibir triángulos reflectantes anaranjados en la parte trasera de los mismos, con el fin de advertir a los demás usuarios su presencia y, naturalmente, su lentitud. El reglamento citado establece una limitada excepción por motivos religiosos: la posibilidad de que (de día, y siempre que el clima no cause una disminución de visibilidad) se sustituyan esos triángulos por otros de color negro mate con un reborde reflectante blanco y rojo. No obstante, el propietario del carro que se acoja a esta excepción siempre deberá llevar en el vehículos los triángulos anaranjados, aunque no los ponga de día. La exención de triángulos reflectantes anaranjados se concede por la autoridad administrativa, discrecionalmente, previa petición del particular.

Catorce miembros de la *Old Order Amish* se niegan a cumplir con las exigencias normativas del tráfico rodado: consideran inmorales tanto el llamativo color de los emblemas como su forma triangular, en virtud de una peculiar interpretación de las epístolas paulinas⁽⁹⁰⁾. Uno de los objetores, en virtud de la negativa y de las sanciones administrativas impuestas, es encarcelado. A raíz de estos hechos, los objetores se dirigen en defensa de su derecho al libre ejercicio de la religión a la Corte estatal de distrito, que a su vez dirige una *question* sobre la constitucionalidad de la norma administrativa debatida a la Corte Suprema del Estado.

La Corte Suprema estatal procede a estudiar el caso conforme a los criterios derivados de *Sherbert*, si bien en la formulación de los mismos contenida en la decisión de la Corte Suprema Federal *Thomas v. Review Board*: 1/ si el objetor basa su reclamación en una creencia que sinceramente vive o profesa; 2/ si la reglamentación gubernamental grava el libre ejercicio de la religión; 3/ si ese gravamen está justificado por un interés primordial del Estado, al que puede darse cumplimiento a través de otros medios menos restrictivos de la libertad. Por tanto, examina en primer lugar la sincera creencia del objetor. Aquí surge un primer problema, de nuevo relacionado con la institucionalización de las normas morales y dogmas: el Estado aporta prueba de que no todos los miembros de la *Amish*

(90) En especial, de Romanos 12:2 y de II Corintios 6:14.

community comparten la objeción de los catorce demandantes. La Corte indica que tal problema es ajeno al examen jurisprudencial de la sinceridad de creencias: si la objeción no es compartida por toda la comunidad, no son precisamente los tribunales los que deben dirimir esta división doctrinal o sentar quién lleva razón en la misma(91). Reforzando la tesis judicial, se cita el precedente federal *Quaring v. Peterson*(92). En el encarcelamiento de uno de los objetores, la Corte encontrará una prueba válida de la sinceridad de creencias(93) y concluye positivamente también sobre si la reglamentación causa gravamen a la libertad religiosa.

Para el tribunal, es claro que un interés estatal de seguridad y el orden público sería suficientemente compulsivo como para primar sobre la libertad religiosa de unos pocos. No obstante, en el supuesto y en el proceso concreto, la Corte concluye que el Estado no aporta prueba suficiente acerca de la existencia de este alto interés público. Para el ponente, no basta con declaraciones de expertos que indiquen lo universalmente extendido que está ese emblema para indicar la presencia de vehículos

(91) (...) in *Thomas*, 450 U.S. at 714, 101 S.Ct at 1430, the Supreme Court specified that "religious beliefs need not be acceptable, logical, consistent, or comprehensible to others in order to merit First Amendment protection." Rather, the Court explained, the focus is on whether the one claiming the right individually has a sincere religious belief (...) Intrafaith differences of that kind are not uncommon among the followers of a particular creed, and judicial process is singularly ill equipped to resolve such differences in relation to the Religion Clauses (...) Particularly in this sensitive area, it is not within the judicial function and judicial competence to inquire whether the petitioner or his fellow worker more correctly perceived the commands of their common faith. Courts are not arbiters of scriptural interpretation (444 N.W.2d at 286).

(92) A lo largo de la sentencia, la Corte encuentra sólidos argumentos en decisiones que se estudian a lo largo de este apartado de la memoria: *Bowen v. Roy*, *Goldman v. Weinberger*... De esta forma, la decisión —en su novedad temporal, resulta una buena síntesis del modo de proceder en las *free exercise exemptions*, toda vez que —como ya se ha dicho— refleja el momento de cambio que la *Smith decision* supone para la libertad religiosa.

(93) The fact that at least one of the appellants has already actually suffered jail incarceration, and that the others have persistently expressed a willingness to do so rather than comply with the statute, must assuredly buttress that implicit finding that the appellants individually possessed a personal sincerity of belief. 444 N.W.2d at 287.

lentos en carretera.

Pero aun cuando ese interés público prevalente existiese y estuviera debidamente probado, la última barrera del examen judicial subsiste: si no cabe otro medio menos restrictivo de la libertad religiosa para dar cumplimiento al fin público prevalente. El Tribunal Supremo del Estado de Minnesota entiende que cabe un medio menos restrictivo: los emblemas no anaranjados que la propia excepción de la norma establece, si bien piensa que no se puede obligar a los objetores a portar en sus carros y exhibir (en caso de niebla, lluvia intensa, o por circular de noche) los triángulos anaranjados: la prueba aportada por los objetores indica que los elementos reflectantes que el reglamento prevé que pueden usarse excepcionalmente tienen iguales prestaciones que los anaranjados⁽⁹⁴⁾, y que tanto la autoridad estatal como la del condado han puesto en las carreteras señalización vertical indicando los tramos más frecuentados por los vehículos de la *Amish Community* con el fin de advertir a los conductores del peligro.

Por tanto, y de modo especial, en virtud de esta última condición del *test*, se levantan las sanciones administrativas y penales contra los miembros de la comunidad *Amish* y se les permite el uso de los signos reflectantes alternativos, sin restricción.

No obstante, la Corte Suprema dirige al Tribunal Supremo federal un *writ of certiorari*, en orden a la ratificación de la sentencia dictada. Y el Tribunal Supremo reenvía la cuestión, indicando que el supuesto debe revisarse en cuanto al fallo otorgado a la luz de la decisión *Smith II*.

¿Cómo entiende la Corte Suprema del Estado de Minnesota que debe revisarse su decisión a la luz del novedoso veredicto sobre *peyotism*? Tal vez pudiera esperarse un fallo completamente contrario, y no es así: en la nueva sentencia que dictará tras el *writ of certiorari*, vuelve a ampararse a los objetores. Veamos cuáles son los

(94) *They further point out that the testimony at the hearing established that the silver reflectorized tape was at least as bright, if not brighter than that outlining either triangular emblem mandated by the statute.* 444 N.W.2d at 289.

motivos.

El replanteamiento *ex novo* que pide el Tribunal Supremo Federal lo es —dice la sentencia *Hershberger II*— del modo de aplicar el *balancing test* judicial, pero no se refiere en modo alguno a los hechos y a la prueba aportados: por tanto —y en todo caso— se mantiene intacta la falta de prueba en orden a considerar compulsivo o predominante el interés de seguridad y orden público alegados por el estado de Minnesota. Entiende la Corte Suprema que la doctrina en materia de Primera Enmienda Constitucional cambia, pero de modo solo aparente. Para este tribunal, la cuestión se reduce simplemente a que el *compelling state interest test* viene a ser circunscrito por la sentencia *Smith II* a los supuestos en los que la *Free Exercise Clause* se alega en conjunción con otra libertad fundamental (expresión, asociación, etc.). En definitiva, que para poder aplicarse la doctrina tradicionallos objetores deben mostrar que se trata de un *hybrid case*. Cosa que no planteó el mayor problema, pues los miembros de la *Amish Community* afectados: alegaron con fundamento que las disposiciones reglamentarias infringían también su libertad de asociación, ya que el empleo de ese medio de transporte constituye parte esencial del *modus vivendi* en su peculiar sociedad.

Por otro lado, la Corte no se arriesga a obtener de la decisión *Smith II* más conclusiones, y prefiere atenerse a las claras disposiciones de la Constitución de su propio estado para otorgar de nuevo el fallo favorable. Desde luego, la Constitución de Minnesota es mucho más explícita para otorgar protección religiosa que el *Bill of Rights federal*(95). La Constitución estatal —dice la Corte de Minnesota— limita

(95) *The enumeration of rights in this constitution shall not deny or impair others retained by and inherent in the people. The right of every man to worship God according to the dictates of his own conscience shall never be infringed; nor shall any man be compelled to attend, erect or support any place of worship, or to maintain any religious or ecclesiastical ministry, against his consent; nor shall any control of or interference with the rights of conscience be permitted, or any preference be given by law to any religious establishment or mode of worship; but the liberty of conscience hereby secured shall nor be construed as to excuse acts of licentiousness or justify practices inconsistent with the peace or safety of the state, nor shall any money be drawn from the treasury for the benefit of any religious societies or religious or theological seminaries* Art. I Minnesota Constitution,

los posibles intereses que pueden oponerse a la libertad religiosa a dos: la seguridad y la paz públicas. Entendiendo que se encuentran en concurrencia dos valores diversos frente a la constitución estatal (libertad religiosa *versus* seguridad pública) habrá que buscar —continúa la Corte— el modo de que ambos queden intactos en la práctica, la vía por la cual ambos se respeten. Para la Corte Suprema existe esa vía, cual es precisamente esa señalización alternativa reflectante blanca que fue admitida en *Hershberger I*.

Se llega, por tanto, a la misma conclusión (conceder una exención a los objetores religiosos), pero por dos vías diferentes: la primera, conforme a la doctrina tradicional de la propia Corte Suprema Federal; la segunda, mediante un cierto malabarismo judicial, que carecerá, en principio, de transcendencia más allá de los límites de la jurisdicción de este Estado.

VI. OBJECIONES DE CONCIENCIA A TRATAMIENTOS MEDICOS

1. Introducción.

Se analiza en este apartado de la memoria de doctorado los numerosos conflictos surgidos en los EUA sobre los que las Cortes de justicia han tenido que decidir, estando en juego la vida humana, la salud del individuo e incluso, aun abstractamente, la salud de toda la comunidad.

El método de clasificación de supuestos y de estudio es el ya clásico de entender que, tanto por los hechos que se presentan para decisión como por las leyes o criterios aplicables, debe diferenciarse entre tratamientos médicos en mayores de edad y tratamientos en menores, en virtud de la objeción de conciencia de sus padres o de quienes ostentan la custodia legal de esos menores.

Dentro del primer grupo de objeción, hay que distinguir también, en virtud de la *informed consent doctrine*, la plena capacidad del individuo y la relación de dependencia que otros sujetos puedan tener frente a él.

completa(7), el paciente podrá, si está en pleno uso de sus facultades mentales y es mayor de edad, consentir(8) sobre el mismo o bien rechazarlo. Bien entendido que, al margen de otras limitaciones impuestas, no puede considerarse que la *informed consent doctrine* ampare al paciente en el sentido de darle derecho a un tratamiento médico que el doctor no desea realizar. Aunque el médico tiene, naturalmente, un conocimiento técnicamente superior sobre la situación del paciente y sobre los riesgos y beneficios del tratamiento a seguir, no puede realizar elección alguna al margen de la voluntad del paciente. La consecuencia radical de esta doctrina es que un sujeto mayor de edad y capaz puede rechazar un tratamiento médico aunque de su decisión pueda seguirse el fallecimiento.

El origen de la *informed consent doctrine* se encuentra en la prohibición contenida en la *common law* contra la figura jurídica denominada *battery*: intrusión física e intencionada de una persona sobre otra(9). El derecho del facultativo a ejercitar su ciencia sobre un paciente tiene como restricción no causar perjuicio o daño al enfermo o infringir sus derechos (de autonomía personal, integridad física(10), intimidad o también el llamado *right to be alone*. Sin embargo, si el

que se siguen de negarse al tratamiento que se le ofrece.

(7) *Cobb v. Grant*, 502 P.2d 1 (1972). Cfr. Nancy K. Rhoden, *The Judge in the Delivery Room: The Emergence of Court-Ordered Cesareans*, 74 Calif.L.Rev. 1951, 1969 (1986).

(8) *It is well established that the physician must seek and secure his patient's consent before commencing an operation or other course of treatment (...). Cartebury v. Spence*, 464 F.2d at 782, cert. denied, 409 U.S. 1064.

(9) Cfr. Nancy K. Rhoden, *The Judge in the Delivery Room: The Emergence of Court-Ordered Cesareans*, 74 Calif.L. Rev. 1951, 1969 (1986).

(10) *The right to refuse treatment is supported by the common law right to bodily integrity and is encompassed within the constitutional right to privacy*. Cfr. Nancy K. Rhoden, *The Judge in the Delivery Room: The Emergence of Court-Ordered Cesareans*, 74 Calif.L. Rev. 1951, 1971 (1986). Sobre el *right to privacy* y el derecho a la integridad física, indica la famosa decisión de la Corte Suprema del estado de New Jersey *Matter of Quinlan* (355 A.2d 647, 1976; autorización judicial para supresión de respirador artificial en una paciente en estado vegetativo y sin posibilidad de reanimación científicamente

paciente consiente en el tratamiento y, por tanto, en la intrusión física del médico, no ha lugar a perjuicio (dentro, claro está, del *standard* de buen ejercicio de la medicina, sin que se produzca *medical malpractice* por una conducta negligente o dolosa). La formulación jurisprudencial dada a la doctrina se debe en gran parte al magistrado Benjamin Cardozo en la decisión *Schloendorff v. Society of New York Hospital*(11): *Every human being of adult years and sound mind has a right to determine what shall be done with his own body; and a surgeon who performs an operation without his patient's consent commits an assault, for which he is liable in damages*(12) (todo ser humano adulto, en sus plenas facultades mentales, tiene derecho a determinar lo que debe hacerse con su propio cuerpo; y un cirujano que

probada): *The Court in "Griswold" (Griswold v. Connecticut, 381 U.S. 479, 1965) found the unwritten constitutional right to privacy to exist in the penumbra of specific guarantees of the Bill of Rights "formed by emanations from those guarantees that help give them life and substance" 381 U.S. at 484 (...). Presumably this right is broad enough to encompass a patient's decision to decline medical under certain circumstances (355 A.2d at 663). In many of those cases the medical procedure required (usually a transfusion) constituted a minimal bodily invasion and their chances of recovery and return to functioning life were very good. We think that the State's interest contra weakens and the individual's right to privacy grows as the decree of bodily invasion increases and the prognosis dims. Ultimately there comes a point at which the individual's rights overcome the State interest (355 A.2d at 664). Vid. VII, 1.2. De lo que acabo de transcribir se deduce que el conflicto entre interés estatal-preservación de la vida y el derecho a la integridad física se resuelve de alguna manera en el grado de "invasión física" sobre el paciente.*

(11) *Schloendorff v. Society of New York Hospital*, 211 N.Y. 125 (1914). Los hechos aportados al pleito muestran que a Mary E. Schloendorff, al ser asistida de una dolencia estomacal, se le descubre un tumor fibroso. Los médicos que la atienden le explican la necesidad de proceder a un examen bajo anestesia para confirmar el diagnóstico. La paciente consiente en ello, expresando a la vez que se niega radicalmente a sufrir cualquier otra operación. En lugar de procederse simplemente al examen médico, y estando la paciente inconsciente por los efectos de la anestesia, le fue extirpado el tumor. En el periodo postoperatorio se le produjo una gangrena en el brazo izquierdo, que motivó la amputación de varios dedos y dolores intensos durante varios días. Mary Schloendorff reclamó judicialmente una indemnización al hospital, que le fue concedida. Cfr. Rafael Navarro-Valls, Javier Martínez-Torrón y Miguel Angel Jurdado "La objeción de conciencia a tratamientos médicos: derecho comparado y derecho español", en *Las Relaciones entre la Iglesia y el Estado.- Estudios en Memoria del Profesor Pedro Lombardía*, Edersa-Universidad de Navarra-Universidad Complutense, 1989, pág. 902 y ss.

(12) 211 N.Y. at 129-30.

efectúa una operación sin el consentimiento del paciente comete *assault*(13) y es, por tanto, responsable por los daños). La *informed consent doctrine* supone una concreta aplicación del derecho a la integridad física, en el respeto a la autonomía personal del paciente, y ejemplifica hasta qué punto una intervención médica sobre un sujeto sin su consentimiento se aparta del cabal entendimiento de ese respeto a la integridad.

La doctrina del *informed consent* tiene unos límites subjetivos y objetivos. Los primeros vienen referidos a las condiciones de aplicación respecto al paciente: que éste sea mayor de edad y capaz. Por tanto, en el caso de personas adultas, pero incapaces (bien por incapacidad mental permanente, bien por incapacidad mental transitoria al estar inconscientes en un estado físico de gravedad), el derecho norteamericano, a nivel teórico, se remite a la *substituted judgement doctrine*, que también tiene —como veremos— repercusiones no desdeñables en materia de objeción de conciencia.

Los límites objetivos de la *informed consent doctrine* vienen formulados en cuatro proposiciones que representan el posible interés estatal que podría primar sobre la autonomía del paciente: 1/ La preservación de la vida humana; 2/ la protección de terceros afectados; 3/ la prevención del suicidio; 4/ la preservación de la integridad deontológica de la profesión médica(14). Examinaré el contenido de cada una de

(13) "El término *assault* indica un concepto jurídico anglosajón, de significado multiforme, que no tiene una noción exactamente equivalente en castellano. La traducción más adecuada tal vez sería 'agresión'" (Cfr. Rafael Navarro-Valls, Javier Martínez-Torrón y Miguel Angel Jurdado "La objeción de conciencia a tratamientos médicos: derecho comparado y derecho español", en Las Relaciones entre la Iglesia y el Estado.- Estudios en Memoria del Profesor Pedro Lombardía, Edersa-Universidad de Navarra-Universidad Complutense, 1989, pág. 903). *Essentially, an assault is the use or threat of force upon another that causes that person to have a well-founded fear of physical injury or offensive touching. A battery is the use of force or violence on another (in the criminal sense), or any repugnant intentional contact with another (in the tortious sense).* Cfr. Bryan A. Garner, *A Dictionary of Modern Legal Usage*, Oxford University Press, 1987, pág. 66.

(14) Cfr. Nancy K. Rhoden, *The Judge in the Delivery Room: The Emergence of Court-Ordered Cesareans*, 74 Calif.L. Rev. 1951, 1971 (1986). Aunque el examen jurisprudencial

La protección de terceros afectados apenas si tiene valor compulsivo en los casos de mayores independientes, por cuanto el mismo criterio de clasificación implica que no existen otros sujetos directamente implicados en el conflicto. Como veremos, la protección de terceros es el interés prevalente en los casos de objeción de conciencia a tratamientos médicos en mayores de edad capaces, con hijos dependientes, evaluándose el grado de daño emocional y financiero que puede producirse sobre esos menores, o dependientes en general.

El interés estatal de prevención del suicidio limita de modo importante el entendimiento extremo de la *informed consent doctrine*, por cuanto si lo que se afirma como su consecuencia última es que el mayor de edad en pleno uso de sus facultades mentales puede rechazar el tratamiento médico, aunque de ese rechazo se siga la muerte, hay que tener en cuenta que no cabe dentro de la misma una velada justificación del suicidio, o de la cooperación al mismo, a través de la eutanasia. Por lo tanto, el examen jurisprudencial de este límite exige la investigación de los motivos que llevan al paciente en peligro de muerte a rechazar un tratamiento médico, con el fin de dilucidar si hay una *intentio sese occidendi*(16), o bien un auténtico deseo de vivir, pero no de violentar un precepto moral religioso o sufrir una prolongación de la vida en condiciones degradantes en virtud de un tratamiento que, además, sólo puede ofrecer unos meses más de vida. Como algún autor ha dicho en la doctrina norteamericana, el concepto de "suicidio" no es igual en medicina que en derecho(17). De aquí que este límite identifique la doctrina que se expone con los

(16) En este sentido, la jurisprudencia norteamericana coincide plenamente con los planteamientos que el Prof. Hervada realiza en su interesante artículo "Libertad de Conciencia y error sobre la moralidad de una terapéutica" en *Persona y Derecho*, vol. 11, 1984, págs. 16-20.

(17) *In the case of the competent adult's refusing medical treatment such an act does not necessarily constitute suicide since (1) in refusing treatment the patient may not have the specific intent to die, and (2) even if he did, to the extent that the cause of death was from natural causes the patient did not set the death producing agent in motion with the intent of causing his own death. (...) Furthermore, the underlying State interest in this area lies in the prevention of irrational self-destruction. What we consider here is a competent,*

casos de objeción de conciencia: los motivos de conciencia pueden considerarse relevantes para excluir con plena certeza una intención suicida del paciente.

Por último, examinamos el límite que hemos llamado preservación de la integridad deontológica de la profesión médica. Es claro que la primera finalidad de la profesión médica es ofrecer a los pacientes todos los medios a su alcance con el fin de devolverles a un estado de perfecta salud. Los avances técnicos en la materia permiten hoy el tratamiento exitoso de pacientes que hace muy pocos años podían considerarse incurables. El médico, por tanto, verá como obligación suya facilitar todos los medios científicamente disponibles para lograr la curación del paciente. Sin embargo, lo que no entra dentro de la deontología médica es la imposición de un tratamiento al margen de la voluntad y el consentimiento del paciente(18): el médico no es dueño del paciente una vez que éste ha sido puesto bajo su dirección y pericia. La *informed consent doctrine* pone un límite importante a los posibles abusos por parte de algunos médicos. Y sin embargo, el respeto a la voluntad del paciente puede resultar de difícil aceptación por parte de un doctor o un hospital que ve a un enfermo en grave peligro de muerte, por el rechazo de un tratamiento salvífico en virtud de convicciones religiosas(19). De ahí que, a pesar de la manifestación del

rational decision to refuse treatment when death is inevitable and the treatment offers no hope of cure or preservation of life. There is no connection between the conduct here in issue and any State concern to prevent suicide. Superintendent of Belchertown v. Saikewitz, 370 N.E.2d at 426 footnote n.11.

(18) Cfr. Gonzalo Herranz, "Deontología médica y creencia religiosa: entre la alianza y el conflicto", Fundación Valenciana de Estudios Avanzados, ciclo sobre ética y medicina, 1987.

(19) *A significant problem in any discussion of sensitive medical-legal issues is the marked, perhaps unconscious, tendency of many to distort what the law is, in pursuit of an exposition of what they would like the law to be. Nowhere is the barrier to the intelligent resolution of legal controversies more obstructive than in the debate over patient rights at the end of the life. Judicial refusals to order lifesaving treatments in the face of contrary claims of bodily self-determination or free religious exercise are too often cited in support of preconceived "right to die", even though the patients, wanting to live, have claimed no such right. Conversely, the assertion of a religious or other objection to lifesaving treatment is at times condemned as attempted suicide, even though suicide means something quite*

paciente en contra de un tratamiento, los hospitales y médicos recurren a los tribunales con la esperanza de que haya un apoyo jurídico de su afán de devolver la salud, sin consecuencias sancionadoras, civiles y/o penales.

2.2. El requisito procesal de *case and controversy* y su juego en las decisiones de objeción de conciencia a tratamientos médicos.

El derecho procedimental americano exige —para la admisión de un pleito ante los tribunales, tanto en la jurisdicción de los estados como en la federal— la subsistencia del conflicto o controversia entre las partes. Por *case and controversy* debemos entender una reclamación o pretensión adecuadamente evaluada, hecha de modo apropiado para la respuesta de los tribunales. Los requisitos exigidos para la "justiciabilidad" del caso vienen fijados en la decisión de la Corte Suprema de los EUA *Aetna Life Insurance Company v. Haworth*(20). Podemos sistematizar los mismos en tres requerimientos: 1/ el caso comprende partes que son realmente adversas o contendientes; 2/ debe existir un interés legal reconocible que surge de la situación o conflicto de hecho; 3/la cuestión debe ser susceptible de decisión por los tribunales: la decisión de éstos debe realmente repercutir o alterar la situación de las partes(21).

Un conflicto deviene *moot question* cuando los tribunales no pueden decidir sobre ella, por cuanto la misma se ha resuelto por vías ajenas a la heterocomposición judicial, o bien porque ha dejado de existir. Las excepciones al *mootness*, en principio, se dan en situaciones en las que hay un tiempo demasiado corto para litigar por completo sobre el objeto procesal(22), cuando hay probabilidad de que la

different in the law. Byrn, *Compulsory Lifesaving Treatment For The Competent Adult*, 44 Fordham L.Rev. 1 (1975). Citado en *Matter of Quinlan*, 355 A.2d at 665 (1976).

(20) 300 U.S. 227 (1937).

(21) Vid. VV.AA. *The Constitutional Law Dictionary*, ABC-CLIO, Cal. 1985, vol. II, pág. 579-580.

(22) Cfr. Ibid. pág. 634-635.

cuestión vuelva a suceder, o bien cuando existe un interés público importante en la decisión del caso(23).

Las repercusiones del requisito procesal de *case and controversy* pueden suponerse. Si la transfusión se ha efectuado ya sobre el objetor, éste se ha recuperado y no se han producido daños en su persona, el objetor se encuentra con este muro procesal que le impide que sean declarados sus derechos. Por contra, puede ser un hospital el que esté interesado en que en segunda instancia se establezca una directriz judicial sobre el modo de proceder en caso de objeción a tratamientos médicos, habiéndose denegado la autorización judicial para transfundir sangre y habiéndose recuperado el paciente sin necesidad de hemoterapia. También puede ocurrir que sea el propio tribunal el que se ampare en este requisito para evitar pronunciarse sobre una cuestión tan delicada.

Veamos cómo se ha procedido en la jurisprudencia respecto al requisito de *case and controversy*.

En algún supuesto el requisito de *case and controversy* despeja la posibilidad de decidir la cuestión. Realizada la transfusión de sangre, un objetor a la hemoterapia, Mr. Hamilton, apela contra la decisión ante la *Court of Special Appeals* de Maryland, y el tribunal rechaza la apelación, entendiendo que el caso deviene *moot*. Mr. Hamilton entonces demanda a McAuliffe ante la Corte Estatal de Apelación de Maryland(24), en virtud de una *declaratory judgement action*, alegando violación de sus derechos constitucionales, estatal y federalmente reconocidos. La Corte indica que para las acciones de *declaratory judgement* es preciso que el conflicto entre las partes sea real, subsista. Hay una falta de justiciabilidad que impide entrar al fondo del asunto, conforme a la ley procesal aplicable (*Maryland Uniform Declaratory*

(23) *Among the criteria considered in determining the existence of the requisite degree of public interest are the public or private nature of the question presented, the desirability of an authoritative determination for the future guidance of public officers, and the likelihood of future recurrence of the question (People v. Labrenz, 104 N.E.2d at 769).*

(24) *Hamilton v. McAuliffe*, 353 A.2d 634 (1976).

Judgement Act)(25).

En otros casos, el tribunal se ve forzado a decidir sobre la cuestión, estimando que el requisito de *case and controversy* se refiere no a la preclusión temporal del conflicto sino, en definitiva, a si este realmente ha existido o no, si estamos ante un caso real —presente o pasado— o más bien ante un caso de laboratorio que se expone a los tribunales para que determinen una teórica atribución de derechos. Esta es la tesis podría estar presente en la decisión *Application of the President & Directors of Georgetown College*(26) en la que además se indica que la abstención judicial en el caso originaría un vacío legal que llama a la autocomposición de las partes, toda vez que la indemnización de daños y perjuicios, judicialmente decretada, supone una débil protección judicial en supuestos de derechos en controversia(27).

La decisión judicial *in re Brooks' State*(28) sitúa la objeción a las transfusiones de sangre, en el caso de que se trate de una *moot question*, dentro de aquellos supuestos en los que la fuerza del interés público exige la decisión judicial *on the merits*(29), conforme al precedente *People ex rel. Wallace v.*

(25) *Once the transfusion was given and Hamilton's appeal of Judge McAuliffe's order was dismissed by the Court of Special Appeals, and no further proceedings were pursued in that case, the underlying controversy expired and was no longer justiciable.* 353 A.2d at 637.

(26) *Application of the President and Directors of Georgetown College, Inc.* 331 F.2d 1000 (Colum. Cir.1964).

(27) *In this area, failure of the courts to declare the law would not place the responsibility for the decision of the executive or legislative branches of government. Judicial abdication would create a legal vacuum to be filled only by the notions, and remedies, of the private parties themselves. And if courts are to act in this area, damage suits post facto are a poor substitute for timely declaratory or injunctive relief.* Ibid. at 1004.

(28) *In re Brooks' Estate*, 205 N.E.2d 435 (1965).

(29) Vid. ATL.

Labrenz(30). Un argumento parecido apoya la decisión *Matter of Storar*(31).

2.3. Tratamientos médicos en adulto capaz y sin hijos.

2.3.1. Confirmación de la regla general contenida en la *informed consent doctrine*: *Matter of Melideo* e *In re Brooks' Estate*.

Kathleen Melideo, casada, de veintitrés años de edad, sufría una hemorragia uterina a consecuencia de una operación. El descenso del nivel de hemoglobina hacía previsible que fuera necesario transfundirle sangre en breve, con el fin de evitar fallo cardíaco o daños cerebrales irreparables.

La paciente había manifestado al hospital expresamente y por escrito su rechazo de una eventual transfusión de sangre. Tanto ella como su marido eran Testigos de Jehová. El *Brunswick Hospital Center* acude a la Corte Suprema del Condado de Suffolk (Nueva York)(32), solicitando autorización judicial para transfundir sangre a la enferma, si llegase a ser necesario, a juicio de un facultativo del hospital.

La Corte Suprema deniega la solicitud con un razonamiento sustentado en la jurisprudencia anterior (*Schloendorff*), al que añade la afirmación de que el

(30) *But when the issue presented is of substantial public interest, a well-recognized exception exists to the general rule that a case which has become moot will be dismissed upon appeal. (...) Applying this criteria, we find that the present case falls within that highly sensitive area in which governmental action comes into contact with the religious beliefs of individual citizens (...) In addition, the very urgency which presses for the prompt action by public officials makes it probable that any similar case arising in the future will likewise become moot by ordinary standards before it can be determined by this court. For this reasons the case should not be dismissed as moot. People v. Labrenz, 104 N.E.2d at 772.*

(31) *However, the underlying issues are of public importance, are recurring in other courts throughout the State and, as these cases illustrate, are likely to escape full appellate review even when the appeals have been expedited. Under those circumstances we may, and often have adressed the issues despite the mootness. 438 N.Y.S.2d at 269.*

(32) *Matter of Melideo, 390 N.Y.S.2d 523 (1976).*

tratamiento compulsivo bajo estas circunstancias infringe la *Free Exercise Clause* injustificadamente, en ausencia de un *compelling state interest*. La ausencia de este interés se determina por exclusión: ni se trata de un adulto que haya perdido sus facultades mentales; ni hay terceros afectados, menores de edad dependientes, en cuyo caso el Estado interviene en calidad de *parens patriae*; ni tampoco hay vida intrauterina, merecedora de protección.

La decisión *In re Brooks' State* presenta un supuesto de mayor complejidad. Bernice Brooks, casada y con dos hijos mayores de edad, ingresó en el McNeal General Hospital de Chicago, aquejada de una úlcera gástrica. Fue atendida por el doctor Gilbert Demange, a quien informó repetidas veces de que desde hacía dos años, sus convicciones religiosas y médicas le prohibían las transfusiones de sangre. Tanto ella como su familia eran miembros de los Testigos de Jehová(33). Bernice Brooks y su marido firmaron sendas declaraciones escritas liberando al Dr. Demange de toda responsabilidad civil o criminal que podría seguirse de la muerte de la señora Brooks al no serle transfundida sangre en caso de necesidad. A pesar de todo, el médico acude, junto con el fiscal del Estado y el *public guardian* del Condado de Cook, a la *probate division* de la Corte de Circuito, solicitando autorización para nombrar representante de la señora Brooks que consintiera en la transfusión de sangre(34). No se dió noticia del procedimiento judicial iniciado a la familia Brooks. Nombrado el representante de la paciente y realizadas las transfusiones, la familia Brooks apela la solicitud alegando que posteriormente se produjeron

(33) En los fundamentos de hecho de la sentencia, se recoge citas de la publicación *Blood, Medicine and the Law of God*, de los Testigos de Jehová: *The matter was not to be taken lightly. Any violation of the law on blood was a serious sin against God, and God himself would call the law violator to account*. El libro recogía citas bíblicas de las cuales los Testigos de Jehová concluyen el deber moral de abstenerse de la hemoterapia: Levítico 17:10, Hechos de los Apóstoles 15:28-29, Génesis 9:3-4, Deuteronomio 12:33; en esta última se lee que la sangre es el alma, de lo cual concluye la publicación: *We cannot drain from our body part of that blood, which represents our life, and still love God with our whole soul, because we have taken away part of 'our soul- our blood-' and given it to someone else*.

(34) La representación se opera mediante el *conservator*. Vid. ATL

complicaciones en la enferma debidas a una sobrecarga en el aparato circulatorio(35). El tribunal falló en favor de Bernice Brooks.

Al margen de debatirse en el pleito si el conflicto deviene *moot question*, por cuanto la hemoterapia ya se ha practicado, y la paciente quedó recuperada, destaca en la decisión el planteamiento directo del pleito sobre la base de la libertad religiosa, y no sobre la *informed consent doctrine*, que no aparece en la sentencia en ningún momento. Sentada por el tribunal la aplicabilidad a los estados de la *free exercise clause* por medio de la Decimocuarta Enmienda, se indica que las acciones oficiales o estatales no pueden prohibirse en virtud de la Primera Enmienda (*free exercise clause*), salvo que se demuestre que tienen un efecto coercitivo sobre el individuo. Ese efecto es patente —dice el tribunal— en este caso concreto. Sorprende la formulación realizada de las consecuencias protectoras de la Primera Enmienda: a partir de la decisión *Sherbert*, lo normal sería reglar que la libertad religiosa y las excepciones a la norma en virtud de ella no pueden limitarse sino en virtud de un *compelling state interest*. Sin embargo, aquí se indica que la acción estatal no podrá limitarse si no se demuestra el efecto de restricción de la libertad religiosa. Es un matiz que, aunque a efectos prácticos no tiene relevancia en esta sentencia concreta, podría tenerlos para los tribunales inferiores del estado de Illinois (en virtud de la *binding authority*(36)) a la hora de establecer procesalmente la carga de la prueba.

También rechaza la Corte Suprema de Illinois los precedentes sobre los que los apelados justifican la acción dirigida a facilitar la hemoterapia: los *compulsory vaccination cases*, las decisiones jurisprudenciales a favor de las leyes estatales que prohíben la manipulación de serpientes en rituales religiosos, la decisión de la Corte Suprema de los Estados Unidos sobre la poligamia de los mormones y el caso sobre hemoterapia *Application of President and Directors of Georgetown College, Inc.* El motivo del rechazo de estas sentencias es que ofrecen una *fattispecie* distinta, no trasladable a este supuesto: en todas esas decisiones hay un interés del estado (salud,

(35) *In re Brook's Estate*, 205 N.E.2d 435 (1965).

(36) Vid. en ATL case law authority.

seguridad u orden público, en los tres primeros tipos, y protección de terceras partes afectadas en el caso de la última) que prima sobre el libre ejercicio de la religión. El único interés que para el tribunal podría primar sobre la situación concreta planteada es el *clear and present danger to society*. En ausencia de éste daño "palpable", "material" a la sociedad, debe permitirse el rechazo de las transfusiones de sangre a esta enferma mayor de edad y sin hijos dependientes si no se quiere transgredir el propósito de la *free exercise clause*, tal como el tribunal la entiende: proteger las creencias y actos religiosamente motivados, aunque a la mayoría puedan parecerles absurdos, locos o ridículos(37).

De las palabras de la sentencia (*The religious freedom guaranteed by the 1st and 14th Amendment means that he shall have the right to do this, whether his belief is reasonable or not, without interference from anyone, so long as his action or refusal to act is not directly harmful to the society of which he form a part*, la libertad religiosa garantizada por la Primera y Decimocuarta Enmiendas significa que él tendrá derecho a actuar de ese modo, con independencia de si su creencia es razonable o no, sin interferencia de nadie, siempre que su acción u omisión no sea directamente dañina para la sociedad de la que él forma parte) se deduce una formulación de la libertad religiosa más liberal y genérica de la habitual en las sentencias del tribunal supremo norteamericano.

(37) *No minor children are involved. No overt or affirmative act of of appellants offers any clear and present danger to society -we have only a governmental agency compelling conduct offensive to apellant´s religious principles. Even though we may consider apellant´s beliefs unwise, foolish or ridiculous, in the absence of an overriding danger to society we may not permit interference therewith in the form or conservatorship established in the wanting hours of her life for the sole purpose of compelling her to accept medical treatment forbidden by her religious principles, and previously refused by her with full knowledge of the probable consequences (...) There is hardly a group of religious people to be found in the wordl who do not hold to beliefs and regard practices as important which seem utterly foolish and lacking in reason to others equally wise and religious; and for the courts to distinguish between religious beliefs or practices on the ground that they are reasonable or unreasonable would be for them to embark upon a hopeless undertaking and one which would inevitably result in the end of religious liberty. (205 N.E.2d at 442).*

religioso(39). No obstante, bien podría se rebatir esta afirmación sobre el derecho estatal con la contenida en la sentencia de la Corte Suprema *Prince v. Commonwealth of Massachusetts*: si bien los padres no pueden hacer de sus hijos mártires o víctimas en virtud de unos axiomas religiosos, ellos sí que pueden serlo en ausencia de un interés estatal superior a la libertad religiosa(40).

Sin embargo —dice el magistrado Weintraub, ponente de la decisión— no podemos plantear el caso como si de un intento de suicidio se tratase. Miss Heston quiere vivir, pero sus convicciones morales le ordenan abstenerse de la sangre. La cuestión no es si el Estado debe penalizar la conducta suicida de la paciente, sino si el Estado debe autorizar el empleo de la fuerza con el fin de evitar una muerte. Además, no es un problema que enfrenta sólo a la paciente y al Estado, sino que interviene una tercera persona: un hospital y su personal médico, que no desean en modo alguno expulsar a la enferma con el fin de evitar la complicada situación causada por unas creencias religiosas que recaen sobre ellos como una pesada losa. Cuando un hospital y el personal médico son, sin haberlo ellos querido, custodios de un enfermo, y sus intereses (ayudar al enfermo, preservar la vida) chocan con las creencias del paciente, parece razonable —dice el tribunal— resolver el problema permitiendo al hospital que cumpla su cometido de acuerdo con los criterios deontológicos habituales. Esta solución —concluye el tribunal— toma partido por la vida humana, cuya conservación es un serio interés del Estado(41). Los

(39) *It seems correctly to say there is no constitutional right to choose to die. Attempted suicide was a crime at common law and was held to be a crime under N.J.S.A. 2A:85-1. (...) Nor is constitutional right established by adding that one's religious faith ordains his death. Religious beliefs are absolute, but conduct in pursuance of religious beliefs is not immune from governmental restraint.* 279 A.2d at 672.

(40) (...) *Parents may be free to become martyrs themselves. But it does not follow they are free, in identical circumstances, to make martyrs of their children before they have reached the age of full and legal discretion when they can make that choice for themselves.* *Prince v. Commonwealth of Massachusetts*, 321 U.S. 158 (1944).

(41) *When the hospital and staff are thus involuntary hosts and their interests are pitted against the belief of the patient, we think it reasonable to resolve the problem by permitting the hospital and its staff to pursue their functions according to their professional standards.*

precedentes en la materia son pocos, y no presentan supuestos de hecho idénticos. Y, sorprendentemente, el tribunal supremo de New Jersey rechaza como precedente válido *In re Brook's Estate*, ya que estima que el *clear and present danger* no es criterio adecuado en sede de *free exercise clause*, ya que pertenece a la jurisprudencia constitucional de la *free speech clause* y a ella debe limitarse⁽⁴²⁾. Por todo ello, se otorga juicio favorable al hospital.

Es evidente que el tribunal desea desde un principio, al enfrentarse con el caso, dar por buena la actuación del hospital al salvar la vida de la joven paciente ¿Qué herramientas jurídicas apoyan la decisión?

De una parte, que el supuesto se incardine en la *free exercise clause* y no en la *informed consent doctrine*. La primera permite, como ya se ha dicho un juicio discrecional mayor, con todas sus ventajas e inconvenientes. De otra, que la *informed consent doctrine* cristalizó en la jurisprudencia de otro Estado y por tanto puede considerarse, no sin dificultad, que carece de *binding authority*⁽⁴³⁾. Además, la emisión del consentimiento por parte de la enferma en unas circunstancias poco claras es otro hierro candente al que aferrase, aunque la práctica correcta hubiera sido acudir al consentimiento de los padres y, en última instancia, a la *substituted judgement doctrine*.

En todo caso, resaltar que es la única decisión en la que, estando ante un paciente objetor mayor de edad sin hijos, se justifica la hemoterapia en virtud de un

The solution sides with life, the conservation of which is, we think, a matter of State interest. (...) If a court finds, as the trial court did, that death will likely follow unless a transfusion is administered, the hospital and the physician should be permitted to follow that medical procedure. 279 A.2d at 673.

⁽⁴²⁾ *It has been suggested that the "clear and present danger" test, appropriate with respect to free speech, is not an appropriate criterion here, and the relevant question is whether there is a "compelling state interest" justifying the State's refusal to permit the patient to refuse vital aid. 44 Texas L.Rev. 190 (1965). 279 A.2d at 674.*

⁽⁴³⁾ Vid. en ATL, case law authority.

criterio difícilmente operantivo: la preservación de los fines de la medicina.

2.3.3. Responsabilidad de los que permiten la aplicación de hemoterapia a un objetor: *Holmes v. Silver Cross Hospital*.

Ernst Holmes, de veinte años de edad, casado, ingresa en el Silver Cross Hospital de Juliet, Illinois, a consecuencia de un accidente. Estando en el pleno ejercicio de sus facultades mentales, informó a los médicos que le atendían sobre sus convicciones religiosas contrarias a las transfusiones de sangre, que —a juicio de los facultativos— eran absolutamente necesarias. Los médicos trataron de convencer a otros miembros de su familia de la necesidad de la transfusión, pero todos los familiares se negaron a prestar su consentimiento. El paciente y su esposa firmaron una declaración escrita en que eximían de responsabilidad a los médicos, en caso de que Ernst Holmes falleciera por falta de sangre. Cuatro horas después de su ingreso en el hospital, el paciente queda inconsciente y los médicos se dirigen a la *probate court* del condado de Will, para que se declare al objetor incompetente y se nombre un *conservator* con autorización judicial para consentir en la hemoterapia. No se comunica el procedimiento judicial a los familiares. El objetor falleció después, si bien su muerte no estaba motivada por la transfusión, ni por una conducta negligente de los médicos. La esposa de Ernst Holmes demanda al hospital ante la Corte Federal de Distrito (N.D.) de Illinois⁽⁴⁴⁾, alegando la infracción de los derechos reconocidos en la *Civil Rights Act* de 1871.

Salvados los aparentes obstáculos derivados de la caducidad de la acción y de la pervivencia de una acción personal a la muerte de su titular, el tribunal tratará de determinar si existe o no violación del derecho de libre ejercicio de la religión en virtud de la administración de hemoterapia no consentida al fallecido. Esto conduce al tribunal a examinar los precedentes en materia de objeción de conciencia a tratamientos médicos en la jurisprudencia de los Estados, pero llega a la conclusión de que no ofrecen una línea uniforme en cuanto a los resultados. De ahí que la Corte

(44) *Holmes v. Silver Cross Hospital*, 340 F.Supp. 125 (N.D. Illinois 1972).

de Distrito se decida por acudir a los principios generales que la Corte Suprema elabora en otros supuestos de libertad religiosa, especialmente *West Virginia Board of Education v. Barnette*(45). En todo caso, el tribunal manifiesta que los precedentes aconsejan un *ad-hoc balancing test* para determinar si en este caso concreto, o en cualquier otro, las restricciones que el estado impone sobre la libertad religiosa están justificadas por un interés público primordial(46). No obstante, parece que tal *balancing test* no se realiza, ya que la Corte Federal encuentra en *In re Brooks* el precedente adecuado para trasladar conclusiones al presente supuesto: no se debe imponer un tratamiento médico salvífico a un mayor de edad sin hijos menores en contra de su voluntad(47).

Posteriormente, el tribunal pasa a determinar las responsabilidades por daños y perjuicios que corresponden a los demandados. Los actores dirigieron su acción contra el *conservator* nombrado judicialmente, los médicos intervinientes y el hospital. Respecto del primero, Mr. Baron, la Corte indica que se extiende a él la inmunidad judicial: esta ampara al juez o tribunal incluso cuando pudiera actuar dolosamente y con conocimiento de la infracción de derechos. Tan sólo no le

(45) *West Virginia Board of Education v. Barnette*, 319 U.S. 624 (1943).

(46) *A state's restriction on the free exercise of religion may not be upheld merely because some rational basis exist therefor; First Amendment rights do not rest on such slender grounds. (...) The case make it clear that the test for determining whether a state-imposed restriction upon religious freedom is valid is an ad hoc balancing test which examines the facts of each particular case, focusing upon the interest of the state and its citizens.* 340 F.Supp. at 130.

(47) *We believe that this balancing by Illinois' highest court of the state's interest versus the interest of protecting First Amendment freedoms deserves great deference. Although Brooks is not binding, we deem it persuasive and conclude that a state-appointed conservator's ordering a medical treatment for a person in violation of his religious beliefs, no matter how well intentioned the conservator may be, violates the First Amendment's freedom of exercise clause in the absence of some substantial state interest.* 340 F.Supp. at 130.

ampararía si actuara completamente fuera de su jurisdicción(48). Respecto del hospital, la Corte indica que es de aplicación la *Civil Rights Act* en la medida en que, en virtud de precedentes aplicables con valor de *persuasive authority*, sus acciones pueden considerarse acciones del Estado(49), sujetas a responsabilidad económica civil. Por último, respecto a los dos médicos intervinientes, quedan también comprendidos en las acciones del estado, como miembros-agentes de la entidad culpable civilmente(50). La decisión aporta por tanto un modelo claro de responsabilidad civil derivada, conforme al derecho federal, de infracciones de la voluntad del objetor (religioso) a tratamientos médicos (transfusiones de sangre, en concreto) en el caso de que el hospital y los facultativos decidan obtener autorización judicial para administrar hemoterapia. Por tanto, la *free exercise clause*, en combinación con la Decimocuarta Enmienda y la *Civil Rights Act* ofrece a los objetores religiosos una protección similar pero más concreta (el caso específico de negativa por motivos religiosos) respecto de la ofrecida por la *informed consent doctrine*.

(48) *It is well settled that judges are immune from liability for acts committed in their judicial capacity and within their judicial discretion even if accused of acting maliciously and corruptly (...) Under this rule of law, the magistrate who appointed Baron as conservator for the purpose of consenting to blood transfusions is immune from suit even if he did maliciously and with knowledge that the Illinois Supreme Court on direct review of such action has determined that it may violate the First Amendment's free exercise clause as respect a Jehovah's Witness. (...) We recognised that a judge lose his immunity when he has acted totally outside of his jurisdiction (...) Having reached this conclusion, we believe that Baron is likewise immune from suit and that his motion to dismiss must be granted. 340 F.Supp. at 131.*

(49) *We note, however, that courts have concluded that when a private party is licensed by the state as well as being subjected to pervasive regulations concerning its operations, the actions of that private party are state actions so far as the Fourteenth Amendment is concerned and under color of state law as 42 U.S.C. § 1983 is concerned. (...) We concluded that any action taken by the defendant hospital that deprives a person of constitutionally protected civil rights must be deemed as state action under the Fourteenth Amendment. Ibid. at 133.*

(50) *If they acted as agents of the entity charged with state action, the doctors clearly must take upon their shoulders all the responsibilities that the principal possesses, particularly when, as here, the principal is incapable of executing any action whatsoever except through the use of agents. Ibid. at 134.*

2.3.4. La objeción de conciencia no rompe el nexo de responsabilidad civil del médico: *Shorter v. Drury*.

El caso plantea en apelación ante la Corte Suprema de Washington una evaluación o estimación de daños y perjuicios por negligencia, realizada por la *Superior Court* del condado de *Snohomish*.

Doreen V. Shorter, casada y mayor e edad, testigo de Jehová, consiente en someterse a una intervención quirúrgica tras haber tenido un aborto natural, con el fin de evitar en el futuro una infección uterina. Su médico, el doctor Drury, aconseja realizar la operación denominada D y C, dilatación y limpieza mediante instrumentos de cirugía. No ofrece a la paciente otros métodos menos arriesgados. La posibilidad de hemorragia —aun siendo remota— puede presentarse. El médico informa a Mrs. Shorter de esa posibilidad, que ella asume. La paciente y su marido firman una declaración escrita en la que indican que, no consintiendo a una eventual transfusión de sangre, eximen al hospital y al médico de responsabilidad derivada de ello. En la operación, Doreen Shorter sufrió una hemorragia interna muy intensa, a consecuencia de una perforación en el útero y el abdomen y, reafirmandose en su rechazo a la hemoterapia, fallece.

Mr. Shorter demanda al médico, alegando *negligence* como causa próxima de la muerte de su esposa. El juicio se celebró con jurado, que estimó que puesto que la paciente aceptó consciente y voluntariamente el riesgo de una muerte por hemorragia, atribuyen al matrimonio Shorter un 75 % de responsabilidad en la muerte de la esposa, puesto que ambos se negaron a autorizar una transfusión de sangre. Tanto el demandado (el doctor Drury) como Mr. Shorter, apelaron la decisión, por motivos —naturalmente— contrapuestos⁽⁵¹⁾.

El litigio en apelación se reduce al debate sobre la responsabilidad civil que corresponde a demandante y demandado. Y, para ello, el tribunal realiza

(51) *Shorter v. Drury*, 695 P.2d 116 (Wash. 1985).

implícitamente una investigación sobre la causa última física de la muerte de Doreen, y del contenido de la declaración de la enferma y su marido: es decir, a qué se niegan, de qué responsabilidad eximen al médico y qué riesgo se asume en virtud de la declaración escrita. Respecto a la declaración escrita por el matrimonio Shorter, el tribunal considera que es el método apropiado, no contrario al orden público, de garantizar el respeto de la conciencia religiosa de la paciente. Y si ese rechazo formalmente expresado es válido, el siguiente paso es delimitar el contenido: lo que la paciente acepta es las consecuencias de una negativa a recibir sangre, pero no las consecuencias de una conducta médica negligente. Esta conducta fue la causa próxima de la muerte de Doreen Shorter.

A partir de esta conclusión, el tribunal pretende delimitar el tipo de asunción de riesgo realizado por Mrs. Shorter, con el fin de clarificar la responsabilidad civil que recae sobre el paciente y el médico. Los tipos de asunción de riesgo doctrinalmente clasificados son: expresa asunción, implícita primaria, implícita razonable, implícita no razonable. La Corte entiende que la paciente se ha responsabilizado de un riesgo de modo expreso, a través de la declaración escrita. Pero en la medida en que es tal, exige que, para ser extensible al comportamiento negligente del médico, la paciente reconozca el riesgo y su contenido *expresamente*, aprecie y comprenda su naturaleza, y voluntariamente desee incurrir en él. No basta una asunción generalizada de consecuencias de la operación, entre las cuales se encontraría la negligencia del médico. Los Shorter —concluye la sentencia— asume un riesgo del curso natural de la operación: una hemorragia por causas ajenas a la conducta médica, pero no una complicación postoperatoria debida a un comportamiento médico imprevisiblemente doloso o negligente.

La decisión ofrece una conclusión interesante: la objeción de conciencia a hemoterapia no supone la ruptura del nexo causal de responsabilidad respecto de la conducta del médico. Este responderá igualmente de un *medical malpractice* en caso de paciente objetor, al igual que lo haría en caso de cualquier otro. La diferencia en ambos casos es que uno podría salvarse mediante una transfusión y el otro no. Pero la negligencia no desaparece en virtud de ese rechazo de hemoterapia realizado por

paciente inmediatamente a un médico que se comprometiera a operarle bajo ese condicionante, agravaron la situación de la enfermedad. En opinión de los demandantes, el hospital nunca debería haber permitido el ingreso de Mr. Davis, puesto que no tenían los medios técnicos o la voluntad médica de realizar una operación sin transfusiones.

La Corte parte de un dato legal importante: los facultativos al servicio del gobierno federal gozan, dentro de la *Tort Claims Act*, de la *discretionary function exception*, que ampara la conducta médica en orden a las razonables diferencias de opiniones médicas. Ninguno de los médicos que atendieron a Mr. Davis puede decirse que sea responsable por negligencia médica al no haber querido operar sin transfusión, ya que la Corte ve que esa decisión es un juicio u opinión médica razonable, conforme al estado y condición de Mr. Davis. Además, la prueba pericial indica que en los niveles sanguíneos que tenía Mr. Davis tras su ingreso en el hospital, es muy desaconsejable anestesiarse al paciente: lo normal sería transfundir previamente y, restablecido el nivel de hemoglobina, anestesiarse e iniciar la operación. Las convicciones religiosas de Mr. Davis, añade el tribunal, hacían imposible la adopción de decisiones conforme a los criterios médicos comúnmente aceptados. No recae sobre ellos la responsabilidad de buscar medios alternativos, sino sobre el objetor, quien debe anticiparse al eventual peligro y conocer qué instituciones médicas locales o nacionales podrían aceptar y tratar su caso en emergencia.

El hospital militar, dice la Corte Federal, ha actuado correctamente al permitir el ingreso del paciente, por cuanto el ideario del hospital comprende la atención de todo enfermo militar con independencia de sus convicciones religiosas, que serán respetadas(53).

(53) *The Court reject this contention. The V.A. Hospital's policy is to provide medical services to eligible veterans without respect to religious convictions. Mr. Davis is a retired Air Force master sergeant having served in the Air Force for slightly over 20 years. Whether Mr. Davis' religious convictions views might create any problems in his treatment certainly could not be known before he was tested and diagnosed.* 629 F.Supp. at 3.

2.4. Tratamientos médicos en adulto incapaz.

2.4.1. La *substituted judgement doctrine*.

Como hemos tenido ocasión de comprobar en otros supuestos, la objeción de conciencia aparece ligada a leyes, argumentos jurisprudenciales y normas cuyo origen y propósito no es propiamente resolver problemas de objeción. Este es el caso de la *substituted judgement doctrine* en lo que se refiere a la objeción de conciencia a tratamientos médicos en adultos incapaces.

La *substituted judgement doctrine* tiene su origen en Inglaterra, y era empleada hace más de siglo y medio para la administración del patrimonio de una persona incapaz, con el fin de autorizar las donaciones procedentes de ese patrimonio a un individuo cuando el incapaz no tenía deber legal de sostener con sus bienes al destinatario de la donación. Las Cortes inglesas lograban este propósito sustituyendo en lo posible al incapaz y actuando con los móviles y consideraciones que el incapaz tendría de no serlo(56).

En tiempos más recientes, la doctrina fue utilizada como medio para decidir acerca de la donación de órganos por parte de incapaces para la realización de transplantes(57). La justificación de la *substituted judgement doctrine* en este ámbito se realiza en razón del reconocimiento hacia el incapaz de su *free choice and moral dignity*, que lleva a la ley a presumir que, en caso de que pudiera decidir, lo haría bajo los criterios de persona razonable(58). De todas formas, la doctrina

(56) Cfr. *Superintendent of Belchertown v. Saikewitz*, 370 N.E.2d at 431 (vid. nota a pie de página n. 10); Rafael Navarro-Valls, Javier Martínez-Torrón y Miguel Angel Jusdado "La objeción de conciencia a tratamientos médicos: derecho comparado y derecho español", en *Las Relaciones entre la Iglesia y el Estado.- Estudios en Memoria del Profesor Pedro Lombardía*, Edersa-Universidad de Navarra-Universidad Complutense, 1989, pág. 909-910.

(57) *Strunk v. Strunk*, 445 S.W.2d 145 (Ky.Ct. App. 1969).

(58) Robertson, *Organ Donations by Incompetents and the Substituted Judgement Doctrine*, 76 Colum.L.Rev. 48, 63 (1976).

expuesta no autoriza para ignorar las elecciones o preferencias manifestadas por el sujeto en un hipotético estado anterior al de incapacidad(59). Los jueces deberán, por tanto, evaluar todos los factores que rodean la concreta situación del incapaz, para resolver acerca de cuál sería la conducta que el incapaz tendría en caso de no serlo(60).

2.4.2. Aplicación de la *substituted judgement doctrine* a la objeción a tratamientos médicos: *In re Boyd*.

Lucille Boyd fue ingresada por su hijo, en marzo de 1977, en un hospital, en circunstancias de emergencia: durante las últimas semanas, su comportamiento había sido irracional y peligroso, y en el propio hospital continuó con pérdidas de consciencia y alucinaciones auditivas. Se negó a comer en un espacio de tres meses, por lo que hubo de ser alimentada por medio de sondas. Los médicos diagnostican esquizofrenia, o algún síndrome cerebral orgánico causado por neurosífilis o por alguna enfermedad degenerativa del cerebro asociada a su avanzada edad. Se le recetó la administración de drogas psicótropas para tranquilizarla y reducir las alucinaciones.

Al ingresar en el hospital, Boyd manifestó que, en virtud de su vinculación con la *Christian Science*, no aceptaría medicación alguna. El hospital, por ello, inició los procedimientos judiciales pertinentes, que condujeron a que la enferma fuera declarada incapaz y que se decretase su internamiento en un centro apropiado para que recibiera los oportunos cuidados médicos. Al descartarse la posibilidad de que Boyd fuera confiada a una institución dependiente de la *Christian Science*, se ordena

(59) Como se manifiesta en los casos *Matter of Quinlan*, 355 A.2d at 664 (1976), aunque el testimonio de sus amigos no se tiene en cuenta como prueba de suficiente peso; y *Matter of Storar*, Ct. App., 438 N.Y.S.2d at 270 (1981).

(60) *In determining whether potentially life-prolonging medical treatment should be given to a terminally ill, mentally incompetent patient of state institution, "substituted judgement doctrine" is to be applied, and decision to be made is that which would be made by incompetent person if that person were competent, taking into account present and future incompetency of patient as one of the factors which would necessarily enter into decision-making process of the competent person.* Saikewitz, 370 N.E.2d at 418.

naturaleza, intensidad y duración de la objeción del paciente, precisar si la objeción responde a una confesión identificable en cuanto a sus postulados, convicción firmemente mantenida durante un intervalo de tiempo suficientemente grande, efectos secundarios de la medicación y posibilidades reales de cura o mejora.

Tras la detallada exposición de criterios, la Corte de Apelación reenvía el caso a la *trial court*, para que sea ella la que decida a partir de las directrices elaboradas. La Corte inferior deberá considerar: si la apelante sigue siendo incapaz y si puede concluirse, en virtud de la *substituted judgement doctrine*, que Boyd rechazaría el uso de psicofármacos; en tal caso, para poder ordenar judicialmente el tratamiento, será necesario demostrar la existencia de un *compelling state interest* que justifique la actuación contra los deseos de la enferma, teniendo en cuenta además que de probarse ese interés el tribunal está obligado a decretar la forma de tratamiento menos lesiva para la voluntad de la paciente.

Puede decirse que la decisión aporta unos criterios bastante definitivos en materia de objeción de conciencia religiosa a tratamientos médicos en caso de incapaces, mediante la combinación de la *substituted judgement doctrine* y los criterios tradicionales en materia de *free exercise clause*.

2.5. Tratamientos médicos en adulto capaz y con hijos.

La existencia de menores dependientes del objetor es causa del debilitamiento de sus derechos, tanto en sede de integridad física-*right to privacy*-doctrina del *informed consent*, como en sede de libre ejercicio de la religión, en virtud de ese *compelling state interest*.

2.5.1. Un *landmark case* en materia de objeción de conciencia a los tratamientos médicos: *Application of the President and Directors of Georgetown College*.

Mrs. Jesse E. Jones, de 25 años de edad, casada y madre de un niño de siete meses, ingresó en el *Georgetown University Hospital* en estado de extrema gravedad,

al haber perdido mucha sangre debido a una úlcera. Tanto ella como su marido son testigos de Jehová y rechazan la hemoterapia. Estando ya casi en trance de inminente fallecimiento, el hospital se dirige a su asesor jurídico, quien solicita de la Corte Federal de Distrito permiso para practicar transfusión a la enferma. Al serle denegado el permiso, se dirige a Skelly Wright, juez de la Corte Federal de Apelación del Circuito de Columbia, quien, en el hospital, recoge la declaración de Mr. Jones, esposo de la enferma, en la que se niega a la transfusión y a ser representado en el procedimiento por un abogado. Después, el juez se dirige a la paciente y, sin forzar su grave estado, escucha de labios de Mrs. Jones: "contra mi voluntad". El juez pregunta a la paciente si se opondría a una transfusión de sangre, y la enferma —a duras penas— declara que tal acto no sería de su responsabilidad.

El director de la *Georgetown University* intenta convencer a Mr. Jones de su error en la interpretación bíblica: una cosa es abstenerse de beber sangre, y otra una transfusión. Jones permanece inamovible en su rechazo.

Así las cosas, el juez autoriza la transfusión. Y justifica tal decisión posteriormente, en el texto de la autorización⁽⁶³⁾. De una parte, advirtiendo la limitada extensión (tal vez en cuanto al valor de precedente) de la decisión judicial adoptada: orden judicial en situación de emergencia autorizando la transfusión de sangre para salvar la vida de la paciente. Para el juez, el *writ* concedido no viene a solucionar o a iluminar los supuestos en los que una persona, por razones religiosas u otros motivos, rechaza atención médica; o la disputa sobre el diagnóstico y actuación médica, etc. Mrs. Jones buscó en el hospital una atención médica y pone en el centro médico la responsabilidad legal de un cuidado médico adecuado. Por ello, el hospital buscó, ante este dilema fortuito, el auxilio del derecho.

El juez entiende que Mrs. Jones se encuentra en un estado físico que imposibilita una decisión. A efectos prácticos legales, es tan *compos sui* como un niño

(63) *Application of the President and Directors of Georgetown College, Inc.* 331 F.2d 1000 (1964).

menor de edad y, por tanto, bajo estas circunstancias, una corte de jurisdicción general (*law and equity jurisdiction*), puede asumir la responsabilidad de *guardian* de esta mujer(64) y de su hijo, a fin de autorizar un tratamiento médico que salve su vida(65). El razonamiento no deja de ser sorprendente y original: establecer la incapacidad —más o menos dudosa— de Mrs. Jones mediante la analogía de la actuación del Estado como *parens patriae* de un menor, justificando después la intervención judicial. En esta línea argumentativa, por tanto, el papel del esposo es equiparado al de padre de una menor, según una jurisprudencia y legislación ya afianzadas: el padre no tiene derecho a ordenar a los médicos que actúen de modo que su hija pueda fallecer(66).

Tras este razonamiento, se pasa al argumento principal: protección de terceros afectados. El Estado, como *parens patriae*, no puede tampoco permitir que una madre abandone a su hijo. La enferma tiene la responsabilidad ante la comunidad de cuidar del menor y, por tanto, ésta última tiene un serio interés en preservar la vida de la

(64) Conforme a 21 D.C. Code § 301: *The equity court shall have full power and authority to superintend and direct the affairs of persons non compos mentis, (...) and to make such orders and decrees for the care of their persons (...) as to the court may seem proper.*

(65) Para la jurisprudencia posterior, este argumento (falta de capacidad actual para emitir una negativa al tratamiento) ha sido considerado de gran importancia, aunque no exento de veladas críticas. Así, en la decisión *In re Osborne*, 294 A.2d at 375 (footnote 4.)(1972), se critica la exigencia de un actual y permanente consentimiento negativo: *Lack of current capacity to make a valid choice was a decisive factor for Judge Wright in Application of President & Directors of Georgetown College, Inc. (...) It would seem to follow from Judge Wright's approach that those in a position to monitor a patient and authorize previously rejected medical care may be required to continuously update the patient's desires. But we are not dealing with a case where deterioration of capacity for choice reaches a point where previous rejection of medical procedures may be deemed reasonably altered at a time when the life can still be saved.*

(66) *And if, shown above, a parent has no power to forbid the saving of his child's life, 'a fortiori' the husband of the patient here had not right to order the doctors to treat his wife in a way so that she would die.* 331 F.2d at 1008.

madre(67).

El argumento secundario, pero también relevante, aborda el respeto de la deontología y práctica médica. El hospital y los médicos se encuentran ante un dilema: administrar a la paciente el tratamiento médico adecuado, o bien dejarla fallecer, quedando entonces sujetos a responsabilidad criminal(68). Los esquemas normales jurídicos de la relación médico-paciente, dice la decisión, están basados en estructuras jurídicas contractuales o comerciales que se ven debilitadas en situaciones de urgencia, vida o muerte. No está claro que un paciente pueda dirigir el tratamiento aplicable bajo limitaciones de las que se deriva irremediabilmente la muerte(69).

Un tercer argumento hace referencia a la libertad religiosa de la paciente. El juez analiza la voluntad presunta de Mrs. Jones y, concluye que no pretende ser mártir: simplemente su religión le previene de la hemoterapia. Pero si la ley asume la responsabilidad del tratamiento, sin el consentimiento de la enferma, entonces se salva su vida sin que ella sacrifique sus convicciones religiosas. Pienso que este argumento se basa en que la paciente declaró ante el juez que no sería responsabilidad

(67) *The state, as 'parents patriae', will not allow a parent to abandon a child, and so it should not allow this most ultimate of voluntary abandonments. The patient had a responsibility to the community to care for her infant. Thus the people has an interest in preserving the life of this mother. Ibid. at 1008.*

(68) La sentencia advierte que, si bien la declaración escrita en la que se rechaza la hemoterapia releva de responsabilidad civil, la criminal de médicos y hospital subsiste, según el código penal del Distrito de Columbia. Ibid. at 1009.

(69) *The normal principle that an adult patient directs her doctors is based on notions of commercial contract which may have less relevance to life-or-death emergencies. It is not clear just where a patient would derive her authority to command her doctor to treat her under limitations which would produce death. The patient's counsel suggests that this authority is part of constitutionally protected liberty. But neither the principle that life and liberty are inalienable (...) provides an easy answer to the question whether the state can prevent martyrdom. Ibid. at 1009.*

suya la transfusión impuesta(70). Esto justifica que algún autor haya llegado a hablar del *falso conflicto* entre la ley y la conciencia, aplicable como solución a la objeción militar, a la objeción fiscal(71) y a algunos supuestos de objeción a tratamientos médicos. En estos casos, basta con sustituir la voluntad del objetor para que éste se vea relevado de toda culpa moral(72).

Con posterioridad a los hechos, el matrimonio Jones solicita que la *application* sea revisada *en banc*(73). El tribunal niega la revisión, entendiendo que el caso deviene *moot question* y que declina discrecionalmente decidir la cuestión *on its merits* (es decir, con independencia de que subsista el conflicto entre las partes, a partir del derecho sustantivo).

Sin embargo, debemos atender a los votos particulares de los magistrados Miller y Burger. El primero opina que debe atenderse a la petición o recurso de *reharing en banc* por cuanto con las solicitudes anteriores se está creando un precedente formalmente irregular: la orden de transfusión ha sido impartida por un magistrado sin el parecer de —al menos— dos de sus colegas en el tribunal. Un precedente de tal magnitud no puede fundamentarse sobre una situación de emergencia, emocionalmente condicionada. Concluye que la situación demuestra cómo los casos difíciles generan un derecho mal elaborado(74). El magistrado

(70) *I asked her whether she would oppose the blood transfusion if the court allowed it. She indicated, as best I could make out, that it would not then be her responsibility. Ibid. at 1007.*

(71) Vid. IV, 2.3.2. § 4.

(72) Cfr. J. Morris Clark, *Guidelines for the Free Exercise Clause*, en 83 Harv.L.Rev. 327, 347 (1969).

(73) Vid. ATL. *Application of the President and Directors of Georgetown College, Inc.*, 331 F.2d 1010 (1964).

(74) *I do not mean to impugn the motives of our colleague who signed these orders. He was impelled, I am sure, by humanitarian impulses and doubtless was himself under considerable strain because of the critical situation in which he had become involved. In the interval of about an hour and twenty minutes between the appearance of the attorneys at his*

Burger, por su parte, alienta al tribunal a actuar con una limitada discreción a la hora de establecer derechos y deberes de paciente y hospital. Se exime formalmente del problema y, materialmente, a la vez, emite su opinión contraria a la autorización para la hemoterapia. Fundamentalmente, lo hace a través de las palabras de Brandeis, inspirador de la filosofía del *right to be alone*, en su famosa *dissenting opinion* de la sentencia *Olmstead v. United States*(75): "los redactores de nuestra Constitución (...) pretendieron proteger a los Americanos en sus pensamientos, emociones y sensaciones. Confirieron, frente al Gobierno, el *right to be alone* —el más comprehensivo de los derechos y el más valorado por el hombre civilizado". Y añade Burger que Brandeis no sugirió restringir ese derecho a las creencias sensibles, a los pensamientos válidos o verdaderos, a las emociones razonables o a las sensaciones bien fundadas. Por el contrario, parece que Brandeis incluye en el derecho pansamientos, emociones, etc. con independencia de que sean absurdas o irracionales, incluyendo incluso ese rechazo de tratamiento médico.

Sea o no buen derecho el que esta decisión genera, quedó con un indudable valor de precedente.

chambers and the signing of the order at the hospital, the judge had no opportunity for research as to the substantive legal problems and procedural questions involved. He should not have been asked to act in these circumstances. (...) The situation shows the truth of the adage that hard cases make bad law. 331 F.2d at 1015.

(75) 277 U.S. 438 (1928). Esta sentencia declaró —por una mayoría que manifiesta la división del tribunal: 5 a 4— la constitucionalidad de las escuchas telefónicas. La decisión fue escrita por el entonces presidente del tribunal Taft. Se sostiene que las escuchas telefónicas no infringen la Cuarta Enmienda del *Bill of Rights*, pues las conversaciones telefónicas no suponen intrusión física. Como respuesta a la decisión, el legislativo redacta y pone en vigor la *Federal Communications Act* de 1934, que expresamente prohibía las escuchas telefónicas, si bien el F.B.I. hizo una interpretación un tanto laxa del texto legal. Sobre la sentencia *Olmstead* y su significado para el *right to be alone* y el *due process of law*, vid. Henri J. Abraham, *Freedom and The Court, Civil Rights and Liberties in the United States*, Oxford University Press, ed.1982, pág. 140-142.

2.5.2. La decisión de un supuesto idéntico a *Application of the President and Directors of Georgetown*. La relevancia del juicio moral del objetor: *United States v. George*.

El 17 de marzo de 1965, a las 11:30 de la mañana, un *attorney for the government*, en representación del *Veterans Administration Hospital* (west Haven, Connecticut), se dirige a la Corte Federal de Distrito solicitando el oportuno permiso judicial para transfundir sangre a un Testigo de Jehová. Se trataba del paciente Elishas George, aquejado de una úlcera sangrante. Puesto que el estado del paciente era precario, pero no extremo, la Corte se niega a conceder el permiso. Por ello, el gobierno eleva al tribunal una demanda civil, y se señala el día de audiencia para el 18 de marzo.

Sin embargo, la tarde del día 17 la Corte recibe una llamada urgente del abogado del hospital, comunicando que el estado del paciente había empeorado seriamente, y que presentaba una solicitud de *temporary restraining order* con el fin de obtener permiso para practicar las transfusiones necesarias para salvar la vida del paciente. La Corte se dirige inmediatamente al hospital y toma testimonio oral del paciente, su esposa y los médicos que le atendían, concediendo la solicitud⁽⁷⁶⁾ en virtud de los argumentos de hecho y precedentes que a continuación se exponen.

El paciente es padre de 4 hijos, y ha firmado la declaración de exoneración de responsabilidad civil de los médicos que le atienden. Estos han emitido un informe según el cual el paciente desprecia su vida, y su actitud podría calificarse incluso de una *variante del suicidio*. Contrasta el informe con la actitud de Mr. George ante el tribunal: se manifiesta lúcido, al declarar que se niega a la transfusión de sangre, si bien no se opondrá a la actuación de los médicos una vez que la orden de la Corte sea firmada⁽⁷⁷⁾.

(76) *United States v. George*, 239 F.Supp. 752 (1965).

(77) *The Court advised George it had no power to force him, and he was free to resist the transfusion, even by the rather simple physical maneuver of placing his hand over the*

El tribunal establece un paralelismo entre este supuesto y el planteado en la decisión *Application of President and Directors of Georgetown College, Inc.*: la Corte llega a la conclusión de que la cercanía de ambos (a excepción de la circunstancia de que en esta ocasión el paciente no ofrece dudas sobre el pleno uso de facultades mentales) permite entender que aquella es de plena aplicación. El resto de la decisión se desarrolla en términos de libertad religiosa. El tribunal recuerda que en el tortuoso mundo legal de la libertad religiosa, con frecuencia se piensa que sólo peligra o se está infringiendo la conciencia individual religiosamente informada. Sin embargo, en este caso también está en juego, en colisión, la conciencia y la deontología del médico, que deben ser también respetadas. Y en estas circunstancias, la libertad religiosa no puede obligar a que el médico haga caso omiso de los dictados de su conciencia: el paciente puede conscientemente declinar o rechazar un tratamiento, pero no puede solicitar del médico un tratamiento que éste considera inadecuado. De ahí que se conceda la solicitud para transfundir sangre.

Por tanto, las razones que motivan la decisión contra la objeción religiosa del paciente son: la presencia de menores de edad que dependen de él, como causa principal con fuerza de precedente, y el choque de la conciencia del paciente y la del médico, resolviéndose este conflicto en favor de la del último. De este modo, se legitima como parte de la deontología médica la imposición de un tratamiento médico contra la voluntad del paciente, en circunstancias de grave peligro para la vida del enfermo. Y como motivo subyacente, no explicitado por el juez como argumento compulsivo, el hecho de que la conciencia individual no asume la culpa moral de un acto no consentido por ella. Veremos cómo este motivo es determinante en otras decisiones en orden al respeto del rechazo del objetor.

area to be injected by the needle. George stated he would "In no way" resist the doctors' actions once the Court's order was signed. 239 F.Supp. at 753. Esta intención abstencionista del paciente se manifestó, además, en el hecho de que no impugnara la decisión judicial una vez que salió de peligro.

2.5.3. Sutiles distinciones legales en favor de la vida del objetor: *Powell v. Columbian Presbyterian Medical Center*:

Todas las decisiones que se han seleccionado para este apartado de la memoria de doctorado merecen un tratamiento singular, por lo delicado de la cuestión abordada (la pugna ante los tribunales entre la vida humana y el interés estatal subyacente, frente a la libertad religiosa llevada hasta singulares extremos), y por los matices que arroja el *case law*, que hacen que cada sentencia —al margen de alinearse o no en una fattispecie abstracta y en unas líneas de actuación en virtud de los precedentes— enriquezca, más que desconcierte o confunda, el entendimiento de la objeción de conciencia en el derecho norteamericano.

Lo anterior se hace especialmente cierto en la decisión que ahora se analiza. Muchas de sus afirmaciones serán reproducidas literalmente, aun con la conciencia clara de que la traducción hace perder fuerza a las palabras del ponente, Jacob Markowitz. Esta sentencia nos recuerda que la objeción de conciencia a tratamientos médicos no sólo enfrenta la ley, la libertad religiosa, los diversos intereses del Estado y la conciencia del médico, sino que también, lo queramos o no, presenta el factor humano del propio juez que, ante tan graves problemas, pretende honradamente desligarse de ataduras y formalismos legales, para decidir "en conciencia legal".

El supuesto nos presenta a la señora Willie Mae Powell, paciente del *Columbian Presbyterian Medical Center*, que tras una operación de cesárea sufre una fortísima hemorragia no atribuible a negligencia médica. El doctor que la atiende estima que la situación es crítica. La enferma, testigo de Jehová, se negó a firmar una autorización para que, en caso de necesidad, se le pudiera transfundir sangre, rechazando los consejos del hospital y de sus familiares. Mrs. Powell es madre de seis menores. El marido de Mrs Powell solicita de la Corte Suprema del Condado de Nueva York *injunctive relief* para autorizar la hemoterapia⁽⁷⁸⁾.

(78) *Powell v. Columbian Presbyterian Medical Center*, 267 N.Y.S.2d 450 (1965).

El juez ponente inicia la decisión haciendo patentes los factores presentes en conflictos de este tipo: esta cuestión ha generado una ininterrumpida serie de distinciones legales bizantinas, desinformaciones y fuerte carga emocional, en todas las partes afectadas, incluidos los tribunales⁽⁷⁹⁾. "Nunca antes mi toga de juez resultó tan pesada sobre mis hombros. Años de práctica legal, experiencia y responsabilidad han añadido una nueva dimensión a mis procesos mentales; casi espontáneamente, someto las cuestiones a un examen de justiciabilidad, legalidad y jurisdicción. He leído *Application of President and Directors of Georgetown College, Inc.* (...) y llegué a la certeza de la solución adecuada desde un punto de vista legal. Sin embargo, al final, mi decisión de actuar para salvar la vida de esta mujer se asienta en preceptos más fundamentales. Es para mí evidente que el núcleo del problema descansa no en las convicciones religiosas de Mrs. Powell, sino en su negativa para firmar una declaración escrita previa para la administración de transfusión de sangre. Ella no hace objeción a recibir el tratamiento implicado (sin embargo, no puede ordenar o permitir su empleo). Estoy también persuadido de que si el hospital hubiera obtenido una declaración firmada de exención de responsabilidad de todas las consecuencias derivadas de esa imposibilidad de emplear hemoterapia, consideraría que ha cumplido su obligación respecto al paciente y no podría administrarle sangre."

"¡Qué legalística se ha convertido nuestra sociedad, y qué extraño laberinto pan-juridicista hemos creado, en la medida en que nuestra sociedad y el individuo se han visto paralizados por sus irreales embrollos! He recordado "La Caída" de Camus, y sé que ningún perdón —ninguna absolución legal— habría para mí o para la Corte si contestara a la Corte "No" a la pregunta "¿Acaso soy yo el guardián de mi hermano?". Esta mujer quiere vivir. ¡Yo no puedo dejar que muera!"⁽⁸⁰⁾.

(79) *This matter generated a barrage of legal niceties, misinformation and emotional feelings on the part of all concerned—including the Court personnel (...) nor could I forget for one moment my convictions with regard to the individual's right to be alone or—crucially important—that a human life hung in the balance.* 267 N.Y.S.2d at 451.

(80) 267 N.Y.S.2d at 452.

Teniendo la fuerza de los precedentes a favor (en lo que se refiere al tratamiento médico para adultos objetores, en presencia de un interés estatal cifrado en los hijos menores, o terceros dependientes), el juez se permite apuntalar su decisión en la voluntad presunta de la paciente. Esta voluntad se ha dirigido expresamente contra un documento de autorización, pero —para el juez— no contra el tratamiento en sí. Las razones extrajurídicas son, en realidad, inoperantes, sentado lo anterior.

2.5.4. La objeción a tratamientos médicos en adultos con hijos, resuelta en "términos económicos": *In re Osborne* y *St. Mary's Hospital v. Ramsey*.

Charles P. Osborne ingresa en un hospital con heridas internas de seriedad y fuerte hemorragia. Tanto el paciente como sus familiares se niegan a dar su consentimiento para que se proceda a transfundirle sangre. El hospital eleva su petición de autorización a la *Superior Court*, pero no se le concede. El hospital recurre esta decisión ante la Corte de Apelación del Distrito de Columbia⁽⁸¹⁾.

El tribunal juzgará el caso a partir de las pruebas previamente obtenidas por la *Superior Court*. En ellas, consta que Charles P. Osborne es padre de dos menores, que la decisión de rechazo del tratamiento médico es apoyada por el resto de la familia (el padre de Charles P. Osborne había fallecido meses atrás, al rechazar también por motivos religiosos la transfusión de sangre), que el paciente entiende que será privado de la vida eterna si la Corte ordena la transfusión (es decir, con independencia de su voluntad y consentimiento, subsiste la culpa moral) y que la esposa del objetor declara el saneamiento económico de la familia y la existencia de recursos suficientes para el mantenimiento de sus dos hijos, así como de parientes maternos que podrían cuidar de ellos en caso de que la madre faltase⁽⁸²⁾.

(81) *In re Osborne*, 294 A.2d 372 (1972).

(82) *As far as money-wise, everybody is all right. We have money saved up. Everything will be all right. If anything ever happens, I have a big enough family and the family is prepared to care for the children.* Ibid. at 374.

La cuestión supone para la Corte determinar siempre y en todo caso si existe un interés estatal suficiente que prime sobre los deseos individuales fundamentados en creencias religiosas. En esta circunstancia, el interés estatal se concreta en la existencia de menores dependientes. Pero este interés viene apuntalado, implícitamente, por la emisión no del todo clara del consentimiento por parte del objetor, si se tiene en cuenta los hechos de *Application of the President & Directors of Georgetown College, Inc.* La corte decide un nuevo testimonio oral, para ratificarse en la idea de si el objetor se consideraría culpable en caso de una transfusión judicialmente decretada contra su propia voluntad. Comprueba que efectivamente el paciente se consideraría culpable, y esto da pie para sentar una diferencia esencial (y no sólo de matiz) respecto de *United States v. George*: se debe acentuar más el respeto de la conciencia individual, por cuanto esta seguiría gravada, contra lo que postula la teoría del falso conflicto.

A partir de todos estos elementos, la Corte deniega el permiso para la hemoterapia. Resumiré los factores relevantes en esta decisión. De una parte, el principio de libertad religiosa y su derivación en materia de tratamientos médicos(83), reforzado por el hecho singular de que el objetor no se vería exento de culpa en caso de tratamiento involuntario(84). Después, la compleja

(83) Matizado esto por la *concurring opinion* del magistrado Yeagley: *I would add that the trust of the opinion in my view, while based on the first amendment, is not, despite footnote two, based solely on religious freedom, but also on the broader based freedom of choice whether founded on religious beliefs or otherwise.* Ibid. at 376.

(84) Este hecho manifiesta una cierta discrepancia doctrinal en lo que se refiere a la objeción declarada por otros objetores pertenecientes a los Testigos de Jehová: aquí no hay exención de responsabilidad moral si la propia voluntad es ajena al mal que se realiza. Este hecho ¿no debería forzar al tribunal a practicar una prueba sobre el contenido "ortodoxo" de la norma moral de la confesión? No es práctica habitual de los tribunales norteamericanos: la atención se centra en la conciencia individual y su creencia o juicio moral; el hecho de la presencia de una secta religiosa es relevante a los efectos de identificación de la objeción como religiosa. Cabe recordar las palabras de la sentencia *Hersberger II* de 1989: *Intrafaith differences of that kind are not uncommon among the followers of a particular creed, and judicial process is singularly ill equipped to resolve such differences in relation to the Religion Clauses (...) Particularly in this sensitive area, it is not within the judicial function and judicial competence to inquire whether the petitioner or*

composición del *compelling state interest*: en principio este viene a ser los hijos menores, pero se ve debilitado por el apoyo de toda la familia al objetor, y la existencia de recursos materiales suficientes para mantener a los menores.

Por último, aclarar que los hechos terminaron satisfactoriamente para todos —médicos, objetor y familiares— ya que Mr. Osborne, sin necesidad de transfusión, se recuperó y fue dado de alta del hospital.

El caso *St. Mary's Hospital v. Ramsey*(85) presenta una situación diversa de la anterior. Mark Ramsey, de 27 años de edad, testigo de Jehová, padre de un menor, aquejado de insuficiencia renal que le obliga a someterse periódicamente a hemodiálisis, rechaza las transfusiones de sangre, sin las cuales su esperanza de vida se hace realmente muy corta. El hospital solicita de la corte de Circuito de Palm Beach County autorización judicial para la transfusión, pero se le deniega. El hospital recurre a la Corte de Apelación del Cuarto Distrito de Florida.

La Corte procederá, a partir de su propio precedente *Satz v. Perlmutter*(86), estableciendo como principio general el respeto de la voluntad del adulto en materia de tratamientos médicos, incluso estando en juego su propia vida, salvando la presencia del interés del Estado en: la preservación de la vida humana, la protección de terceros, la prevención del suicidio y la preservación de la integridad de la profesión médica.

Sobre la preservación de la vida, se indica que no constituye un principio absoluto. El enfermo adulto goza de unos derechos constitucionales superiores: *right of privacy*, libertad de elección y derecho de libre determinación, reforzados por sus

his fellow worker more correctly perceived the commands of their common faith. Courts are not arbiters of scriptural interpretation (444 N.W.2d at 286). Vid. V, 5.3.

(85) *St. Mary's Hospital v. Ramsey*, 465 So.2d 666 (Fla.App. 4 Dist. 1985).

(86) *Satz v. Perlmutter*, 362 So.2d 160 (Fla. 4th DCA 1978), *affirmed with opinion*, 379 So.2d 359 (Fla. 1980).

profundas creencias religiosas. Sin embargo, se indica expresamente que esta conclusión no es extensible a otros casos: el tribunal afirma que está decidiendo sobre *esta* concreta base fáctica⁽⁸⁷⁾. Sobre la protección de terceros, la Corte indica que, aun existiendo un menor de edad, no es menos cierto que el objetor está separado de la madre, y que el menor vive con ella en otro Estado. Además, el padre pasa una anualidad a la madre en favor del menor, cuestión que hace desaparecer la posibilidad de plantear *abandonment* respecto del hijo. Acerca de la prevención del suicidio, la Corte aclara lo que ya sabemos: la voluntad del paciente rechaza un tratamiento, pero no quiere el suicidio en sí. El objetor quiere vivir, pero no a costa de infringir el juicio de su conciencia. Y sobre la ética de la profesión médica, la sentencia se remite a los *dicta* de *Perlmutter* y de *Superintendent of Belchertown v. Saikewitz*. Declarando que la *fattispecie* de estos supuestos no permite sentar un precedente absoluto, sino más bien recomendar el concienzudo examen caso por caso⁽⁸⁸⁾, reafirma el principio de la *informed consent doctrine*: un adulto capaz puede rechazar un tratamiento médico del que se sigue su muerte.

Es llegado el momento de un análisis global de ambas decisiones. Constituyen las dos excepciones a la regla general de que en presencia de menores dependientes, debe imponerse el tratamiento médico al objetor. ¿Cuál es la base de dicha excepción? Rhoden⁽⁸⁹⁾, estima que la excepción se resuelve en una cuestión meramente

(87) *However, that is not to say we would permit him to make that same decision for others. Our conclusion here is restricted to the facts. A much more complex question is presented when a parent or guardian refuses a transfusion to another.* Ibid. at 668.

(88) *We reiterate that the result in this case is restricted to its facts and point to the language in Perlmutter II where our supreme court called for examination of these "inecrutable problems" on a case by case basis.* Ibid. at 669.

(89) Cfr. Nancy K. Rhoden, *The Judge in the Delivery Room: The Emergence of Court-Ordered Cesareans*, 74 Calif.L. Rev. 1951, 1974 (1986): *In Osborne, the discussion of the material resources available for Mr. Osborne's children if he died illustrates one reason why this interest should never prevail. If taken seriously, courts may honor the wishes of a parent with adequate funds or life insurance, and may override the wishes of one lacking these resources. Similarly, the decision of a single parent without close relatives would be given less deference than that of a parent blessed with close companions.*

financiera, que permite respetar la objeción del que goza de fortuna o rentas y rechazar la de un indigente. Pero esto puede considerarse justificado, por cuanto lo relevante no es la riqueza o la pobreza, sino que la protección de terceros dependientes esté garantizada, aunque el resultado pudiera estimarse discriminatorio.

La segunda base para la excepción es , probablemente, que ambos objetores son varones, y que en un caso las relaciones afectivas pueden suplirse (Charles P. Osborne) y en el otro ya no existen de hecho (Mark Ramsey).

2.5.5. El instrumento de la intervención estatal en protección de los menores: *parens patriae* en *Application of Winthrop University Hospital*.

Susan Hess es internada en un hospital con el fin de ser operada de cálculos renales. Es madre de dos menores, uno de ellos de un mes de edad. No objeta a la operación, pero rechaza por motivos religiosos, junto con su marido, cualquier transfusión de sangre. Aunque en este tipo de operaciones no es probable la necesidad de transfusión, el cirujano se niega a realizarla sin autorización para transfundir en caso de grave necesidad. El hospital pide autorización a la Corte Suprema del Condado de Nassau, Nueva York⁽⁹⁰⁾.

El tribunal acepta la solicitud, al estimar que, puesto que Susan Hess se encuentra actualmente confiada a los cuidados del *Winthrop University Hosp.* el caso permanece y debe decidirse. Se resuelve de forma bien sencilla a partir de los precedentes *Schoelendorff*, *Matter of Storar*, *Powell v. Columbia Presbyterian Medical Center* y *Matter of Melideo*: los tribunales no pueden imponer un tratamiento médico a un adulto capaz, infringiendo su objeción. No obstante, la objeción debe ceder ante el interés del Estado que, como *parens patriae*, vela por el bien de los hijos menores. Esta conclusión carecía de precedentes en repertorios del propio Estado: se emplea por tanto los de otros en calidad de *pervasive authority*.

⁽⁹⁰⁾ *In the Matter of the Application of Winthrop University Hospital*, 490 N.Y.S.2d 996 (1985).

2.6. Tratamientos médicos en adulto capaz en beneficio del no nacido.

Estos supuestos merecen un tratamiento aparte, por cuanto el enunciado general no está exento de una viva polémica. Una cosa es el tratamiento médico impuesto en beneficio del nacido, de la "vida independiente", y otra el tratamiento impuesto en beneficio de la esperanza de vida, de algo que a la luz del derecho aún no es "persona". También exige un estudio aparte, por cuanto contrasta la decidida actitud de protección del no nacido en esta materia, con aquella otra permisiva de los tribunales en materia de aborto(91), a raíz de la decisión *Roe v. Wade*(92) del Tribunal Supremo Federal. Por otro lado, los avances médicos permiten hoy a los doctores considerar al feto como "el otro paciente"(93), con lo que la objeción de conciencia al tratamiento médico introduciría en algún caso un nuevo factor de considerable importancia(94).

(91) En España, ha llamado la atención sobre este contraste los trabajos de Rafael Navarro-Valls, Javier Martínez-Torrón y Miguel Angel Jusdado "La objeción de conciencia a tratamientos médicos: derecho comparado y derecho español", en *Las Relaciones entre la Iglesia y el Estado.- Estudios en Memoria del Profesor Pedro Lombardía*, Edersa-Universidad de Navarra-Universidad Complutense, 1989; y Rafael Navarro-Valls, "La objeción de conciencia al aborto: derecho comparado y derecho español", *Anuario de Derecho Eclesiástico*, 1986.

(92) *Roe v. Wade*, 410 U.S. 113 (1973). Vid. VII, 1.1.

(93) Cfr. Lenow, *The Fetus as a Patient: Emerging Rights as a Person?*, 9 *American Journal of Legal Medicine* 1, 6 (1983); J. Pritchard & MacDonald, *Williams Obstetrics VII* (16th ed. 1980), citados en Katherine A. Knopoff, *Can a Pregnant Woman Morally Refuse Fetal Surgery?*, 79 *Calif.L.Rev.* 499, 500-501 (1991).

(94) Sobre los problemas —relacionados también con la objeción de conciencia religiosa— que en el futuro pueden llegar a presentarse en materia de cirugía fetal, vid. Katherine A. Knopoff, *Can a Pregnant Woman Morally Refuse Fetal Surgery?*, 79 *Calif.L.Rev.* 499 (1991), que realiza una propuesta legislativa para la solución de los problemas, propuesta que se ajusta a los parámetros de la liberal *informed consent doctrine*.

2.6.1. Transfusión de sangre a la madre en beneficio del no nacido: *Raleigh Fitkin-Paul Morgan Mem. Hosp. v. Anderson*.

Willimina Anderson, embarazada de 32 semanas, recibe cuidados pre-natales en el Raleigh-Fitkin-Paul Memorial Hospital. Los médicos informan a su paciente de que en algún momento del embarazo podría con bastante seguridad producirse una seria hemorragia interna, y que tanto ella como su hijo podrían fallecer, siendo necesario para evitarlo una transfusión de sangre. Anderson rechaza la hemoterapia en virtud de sus convicciones religiosas. El hospital solicita autorización judicial para efectuar dicha transfusión si fuera necesaria. La *Chancery Division, Superior Court* deniega la autorización y el hospital apela a la Corte Suprema del estado de New Jersey⁽⁹⁵⁾.

En el transcurso del proceso ante la Corte Suprema del Estado, Anderson abandona el hospital. Sin embargo, las partes solicitan que continúe la causa, por el interés general remanente si la cuestión vuelve a presentarse en el futuro.

La Corte entiende que con esta decisión se da un paso más respecto de la simple protección de menores frente a la objeción de conciencia del padre o la madre que se niegan a dar su consentimiento. Se trata de decidir si se puede obligar a un adulto a someterse a un tratamiento para salvar la vida de un menor, en este caso no nacido.

El tribunal no duda en afirmar: "pensamos que es innecesario decidir la cuestión en términos generales, porque la salud de la madre y del hijo están tan compenetradas e inseparablemente unidas, que sería inútil intentar distinguir entre ellas respecto a los distintos aspectos fácticos que debemos desarrollar. Las transfusiones de sangre (incluidas aquellas que son necesarias a causa del parto) deben ser administradas si

⁽⁹⁵⁾ *Raleigh Fitkin-Paul Morgan Mem. Hosp. v. Anderson*, 201 A.2d 537 (1964), cert. denied 84 S.Ct. 1894.

se estima necesario, para salvar la vida de la madre o la vida del hijo (...)”(96). Por tanto, en beneficio del no nacido, cabe tratamiento médico tanto para el propio feto (legitimando la intrusión física en el cuerpo de la madre) como para la madre (el interés del estado en el menor justifica el tratamiento del adulto capaz, como ya hemos visto anteriormente).

2.6.2. Operaciones de cesáreas y objeción de conciencia: *Jefferson v. Griffin Spalding County Hospital* y *Randolph v. City of New York*.

En la década de los 80, el alumbramiento por cesárea se ha convertido en una operación prácticamente rutinaria en todos las maternidades, siempre que el parto natural implicaba dificultades o peligros para la vida de la madre o del feto. A la par, en los EUA surgen problemas en relación con los credos religiosos, tanto hacia la propia operación de cesárea como respecto a las órdenes judiciales preventivas de transfusiones de sangre en caso de producirse alguna complicación. Muchas de las decisiones judiciales no han sido oficialmente compiladas(97).

Jessie Mae Jefferson recibe cuidados médicos pre-natales en el Griffin Spalding County Hospital. Encontrándose ya en la semana 39 de embarazo, el médico le indica que se encuentra en la condición denominada placenta previa, que impide la expulsión normal del feto, siendo prácticamente imposible que se corrija esta anomalía antes

(96) *Here we think it is unnecessary to decide that question in broad terms because the welfare of the child and the mother are so intertwined and inseparable that it would be impracticable to attempt to distinguish between them respect to sundry factual patterns which may develop. The blood transfusions (including transfusions made necessary by the delivery) may be administered if necessary to save her life or the life of her child, as the physician in charge at the time may determine. Ibid. at 538.*

(97) Tenemos noticia, a través del trabajo de Nancy K. Rhoden, de al menos tres decisiones con estas características: *In re Baby Jeffries*, No. 14004 (Jackson County, Mich. P. Ct. May, 24, 1982) autorizando la operación de cesárea; *North Central Bronx Hospital v. Headley*, No. 1992-85 (N.Y.Sup.Ct. Jan. 6, 1985) que también autoriza dicha operación, si bien la embarazada nunca retornó al hospital y, a pesar del riesgo, dió a luz en su propia casa. Algunos casos exigen una rápida intervención judicial y no llega siquiera a expedirse una orden judicial escrita.

del parto natural y que hay un 99% de posibilidades de que el feto no sobreviva al alumbramiento. Jessie Mae Jefferson rechaza, por motivos religiosos(98), las intervenciones quirúrgicas y las transfusiones de sangre.

El hospital eleva una solicitud de emergencia a la *Juvenile Court*, y la *Superior Court* del condado de Butts —en calidad de tribunal de *equity*— concede autorización, pero el matrimonio Jefferson recurre la decisión, solicitando un *motion to stay* de la Corte Suprema de Georgia(99).

Este Tribunal hace suyo el fallo de los tribunales inferiores: someter a la embarazada al examen médico en el hospital que la atendió o en otro elegido por la paciente y, de confirmarse el diagnóstico, debe someterse a la operación de cesárea. El razonamiento que conduce a esta orden judicial se expresa en los votos particulares de los magistrados Hill, Marshall y Smith. Sentado el principio constitucional de que el juez o los tribunales no pueden compeler a un adulto a una operación quirúrgica contra su voluntad si no existe un interés estatal distinto de la propia vida del paciente, es a la vez cierto (conforme a precedentes válidos anteriores(100)) que la madre expectante en los últimos meses de embarazo carece de ese derecho de

(98) *Mrs. Jefferson and her husband have refused and continue to refuse to give consent to a Cesarean section. This refusal is based entirely on the religious beliefs of Mr. and Mrs. Jefferson. They are of the view that the Lord has healed her body and that whatever happens to the child will be the Lord's will.* 274 S.E.2d at 457. Desconocemos, a partir de los datos de la decisión, si las creencias del matrimonio Jefferson obedecen a los principios morales de una determinada confesión. Sin embargo, como ya hemos tenido oportunidad de ver anteriormente, la relevancia de la conciencia individual religiosamente motivada es el hecho conclusivo que el tribunal maneja como presupuesto de su decisión.

(99) *Jefferson v. Griffin Spalding County Hospital*, Ga. 274 S.E.2d 457 (1981).

(100) Se citan las decisiones *Raleigh Fitkin-Paul Morgan Memorial Hospital v. Anderson*, 201 A.2d 537, *cert. denied*, 377 U.S. 985 (1964); y *Re Melideo*, 390 N.Y.S.2d 523 (1976).

rechazar tratamientos médicos cuando está en juego la vida del no nacido(101). En el presente caso, la *freedom to act* que comprende o abarca la libertad religiosa, se ve superada por un valor superior de interés estatal (la vida del no nacido), habida cuenta de que el medio de protección para esa vida ofrece garantías de seguridad tanto para la madre como para el feto: la operación de cesárea puede considerarse que no infringe la libertad religiosa de la madre(102).

La orden judicial fue declarada *moot question*, por cuanto la placenta volvió por sí misma a su posición normal, haciéndose viable el alumbramiento natural(103).

En la siguiente decisión que abordamos, el supuesto es diverso. Bessie Randolph, miembro de los Testigos de Jehová, está dispuesta a someterse a la operación de cesárea para el nacimiento de su cuarto hijo, pero no a una eventual transfusión de sangre. Antes de la operación, consta en el informe médico que la constitución física de la paciente hace prever que una pérdida de sangre en ella tendrá consecuencias más graves de las normales. Iniciada la operación, se diagnostica placenta acreta, de modo que no puede separarse esta del útero sin cambiar la posición del mismo. El médico procede a la histerectomía, en el curso de la cual produce una herida en la vejiga urinaria con fuerte hemorragia. En apenas media hora, la enferma había perdido el 80% del fluido sanguíneo, a pesar de los intentos del médico por cortar la hemorragia y mantener la presión y el volumen sanguíneo.

(101) *The Supreme Court has recognized that the state has an interest in protecting the lives of unborn, viable children (viability usually occurring at about 7 months, or 28 weeks). Roe v. Wade, 410 U.S. 113 (1973). Ibid. at 460.*

(102) De otra parte, se plantea el tribunal la jurisdicción de la *Juvenile Court* en la materia, ya que estamos ante un no nacido y esto implica la extensión de la legislación sobre menores (a los efectos de declarar al feto *deprived child*, y ordenar la custodia temporalmente limitada al *Butts County Department of Family and Children Services*) a un sujeto que aún no es "persona" conforme al derecho. Pero la Corte Suprema no encuentra reparo alguno en realizar dicha extensión.

(103) Cfr. Katherine A. Knopoff, *Can a Pregnant Woman Morally Refuse Fetal Surgery?*, 79 Calif.L.Rev. 499, 510 (footnote 63) (1991).

El facultativo obtiene autorización del *Corporation Counsel* para transfundir sangre a la enferma, y se logra controlar la hemorragia, pero la enferma sufrió un paro cardíaco y falleció.

Mr. Randolph inició procedimiento judicial contra el médico que atendió a su esposa por negligencia médica. En primera instancia, la *Supreme Court* del Condado de Nueva York otorga fallo favorable a Randolph, pero el hospital y los médicos apelan la decisión a la *Supreme Court, Appellate Division*(104). La cuestión deviene en un debate sobre la responsabilidad civil del médico cirujano. Las dos partes contendientes entienden que el médico no sería responsable civilmente por negligencia de haber respetado la voluntad de la paciente de no recibir tratamiento de hemoterapia. El tribunal establece en línea de principios —sustentados por los precedentes neoyorkinos en materia de responsabilidad— que sólo se puede imputar responsabilidad a los demandados si la causa próxima de la muerte de la enferma fue proporcionada por los médicos; el tribunal entiende que es preciso, por tanto, determinar si la transfusión fue o no la causa del fallecimiento. El testimonio médico indica que la transfusión de sangre comenzó a administrarse cuando el estado de la paciente era ya irreversible y que, por tanto, no hay negligencia imputable al médico sobre esta base, que fue la alegada por Mr. Randolph. Como se ve, no es un problema de mal entendimiento del tribunal, sino de mal planteamiento del objeto procesal por parte del demandante que debería proceder en orden a la negligencia como se hizo en *Shorter v. Drury*.

2.6.3. El interés estatal en favor de la ética médica en *Crouse Irving Memorial Hospital v. Paddock*.

Stacey Paddock se encuentra próxima dar a luz. La situación se presenta médicamente complicada, tanto por ella (sufre anemia y placenta previa) como por el hijo (nacerá prematuramente debido a la hidrocefalia que padece). Los médicos recomiendan operación de cesárea, que entraña en este caso el empleo de

(104) *Randolph v. City of New York*, 501 N.Y.S.2d 837 (A.D. Dept. 1986).

transfusiones de sangre por el riesgo próximo de hemorragias mortales que podrían producirse. Stacey y su marido rechazan las transfusiones de sangre, no obstante conocer la gravedad del caso. El Hospital se dirige a la Corte Suprema del condado de Onondaga, solicitando autorización para transfundir sangre(105).

La Corte se atiene a la doctrina del Tribunal Supremo de su Estado, conforme a la cual el poder público tiene un interés vital en la salud de los menores, y este interés prima sobre las más fervientes creencias de sus padres. Siendo cierto, conforme a la decisión *Schloendorff*, que el adulto capaz puede rechazar un tratamiento médico, este caso pone a los médicos en un gravísimo dilema, ya puesto en evidencia en *Application of President and Directors of Georgetown University, Inc.*: la responsabilidad que el paciente pone en el médico a la hora de someterse a un tratamiento quirúrgico, debe ir acompañada por la autoridad o poder para llevar a cabo adecuadamente esa operación(106). Es por ello que finalmente se decide permitir las transfusiones durante y después de la operación, hasta estabilizar la condición de la paciente.

Una vez más, en esta ocasión en el área de los tratamientos médicos en embarazo y parto con complicaciones, la ética profesional de los médicos alcanza una protección calificada de interés estatal. En este supuesto es interés estatal porque el paciente admite un tratamiento, cuyo curso exige o podría exigir la práctica de unas técnicas sin las cuales el médico no podría en conciencia realizar su tarea.

(105) *Crouse Irving Memorial Hospital v. Paddock*, 485 N.Y.S.2d 443 (Sup.1985).

(106) *When a patient puts her doctor in charge of a surgical procedure, she necessarily makes him responsible for the conduct of the operation. Every such grant of responsibility should be accompanied by authority sufficient to properly carry out the delegated responsibilities. Certainly if the medical personnel are requested to undertake a delivery which entail incisions and this is known to the patient, the attending physicians must be permitted to stabilize the patient from the resulting loss of blood. Ibid. at 446.*

2.6.4. Dudas judiciales para establecer una doctrina segura: *Mercy Hospital v. Jackson*(107).

Ernestine Jackson fue admitida en el Mercy Hospital de Baltimore (Maryland) en situación de emergencia: embarazada de 25 o 26 semanas, está a punto de dar a luz prematuramente, pero el parto natural puede ser peligroso tanto para la vida de la madre como del feto, por la posición de este en el útero, que podría provocar hemorragia en caso de parto natural. Consintiendo Mrs. Jackson a la operación de cesárea, sin embargo rechaza por motivos religiosos una transfusión de sangre, que los médicos estiman necesaria en un 40 ó 50% de posibilidades. El hospital no está dispuesto a correr el riesgo de operar sin posibilidad de transfusión, y solicita autorización a la Corte de Circuito de Baltimore. Este juzgado no concede la autorización(108). La operación se realiza, sin necesidad de sangre. Mrs. Jackson y su hijo se recuperaron favorablemente.

Sin embargo, contra la orden de la Corte de Circuito, el Hospital eleva una apelación a la *Court of Special Appeals* del Estado, planteando la siguiente pregunta: ¿Se equivoca el tribunal al sostener que una mujer capaz en estado tiene un derecho a rechazar una transfusión, en virtud de sus creencias religiosas y en las circunstancias que se presentan en este caso?

Mrs. Jackson solicita el *motion to dismiss* en el proceso, pues considera que no existe *actual case and controversy* entre las partes afectadas. Pero la probabilidad de que un caso semejante vuelva a producirse mueve al tribunal a decidir *on the merits*. Para el hospital, la cuestión se decide en una concurrencia de libertades

(107) *Mercy Hospital v. Jackson*, 489 A.2d 1130 (Md. App. 1985).

(108) *This Court is of the opinion that a competent, pregnant adult does have the paramount right to refuse blood transfusion in accordance with her religious beliefs, where such decision is made knowingly and voluntarily and will not endanger the delivery, survival or support of the fetus. This conclusion is consistent with a patient's right of informed consent to medical treatment, Sard v. Hardy, 281 Md. 432, [379 A.2d 1014] (1977), and the corollary right to refuse that medical treatment. Ibid. at 1134.*

religiosas: la propia de una institución sanitaria católica, cuyos principios chocan con los de la paciente objetora. La Corte entiende que la doctrina está clara en lo que se refiere a la protección de menores frente a las objeciones religiosas de sus padres, pero que la legislación del estado de Maryland(109) sustenta la conclusión de que el paciente mayor de edad, en ausencia de peligro para el menor, puede rechazar por motivos religiosos el tratamiento médico, y que esta doctrina es de plena aplicación al caso.

No contento con esta conclusión, el hospital dirige una nueva apelación, esta vez a *Court of Appeals*(110), donde el tribunal rechaza el recurso, entendiendo que el conflicto ha degenerado en *moot question*, y que no hay un interés público sustancial que aconseje decidir *on the merits*. El magistrado McCuliffe critica fuertemente la decisión de sus colegas, pues precisamente las cuestiones de difícil solución son las que requieren ofrecer a la sociedad y a los tribunales criterios ciertos para su tratamiento uniforme(111). En resumen, los tribunales de Maryland rehúsan el enfrentamiento directo con el supuesto, y deja en pie una dudosa doctrina en el estado que contraría la tendencia marcada por *Application of President and Directors of Georgetown College, Inc.*, por cuanto permite que el adulto capaz y con hijos fallezca dejando un menor sin protección, contra el interés del Estado como *parens patriae*.

(109) *Md. Health Gen. Code Ann* § 20-107.

(110) 510 A.2d 562 (Md. 1986).

(111) *It is ironic that the feature which dissuades the majority —the involvement of "difficult constitutional questions not capable of easy resolution— is precisely that which persuades me there is a pressing need for guidance from this Court. (...) We exist as a certiorari court to grapple with just such difficult issues, and we ought not turn aside from them. Ibid. at 568. Vid. David Bamberger, Comment: A recurring Dilemma For Health Care Providers in the Treatment of Jehovah's Witnesses, Maryland L. Rev. 514 (1987). Este autor pone el acento en la falta de determinación de los tribunales para ofrecer claras líneas de actuación a los hospitales sobre derechos y deberes respecto a los pacientes miembros de los Testigos de Jehová.*

2.6.5. La objeción de conciencia cede incluso ante el feto aún no viable: *Application of Jamaica Hospital*.

En el *Jamaica Hospital* es ingresada una mujer, madre de diez hijos, soltera, que se encuentra en estado crítico a causa de una hemorragia. Está embarazada de 18 meses, y el hospital considera muy necesaria la transfusión de sangre, para salvar su vida y la del feto. La enferma es testigo de Jehová, y rechaza la hemoterapia. El único familiar próximo es una hermana con la que resulta imposible contactar. El hospital acude a la *Supreme Court, Queens County*, solicitando autorización judicial para la transfusión(112).

El juez titular de la Corte escribe la autorización en un lenguaje sereno que no recuerda precisamente el tono de decisiones anteriores. Tras reflejar los testimonios orales practicados, indica que si la sola vida de la paciente fuera la que está en peligro, la Corte no interferiría su decisión, pero que en este caso hay que tomar en cuenta la vida del feto. La Corte Suprema federal —continúa— sostiene, en materia de aborto, que el poder público tiene un interés significativo por la protección de la potencial vida humana representada en el feto no nacido, creciendo dicho interés conforme avanza el embarazo, y haciéndose compulsivo cuando el feto alcanza la "viabilidad", definida en *Roe v. Wade* como el momento a partir del cual el feto es capaz de vida independiente fuera del vientre materno. Aunque en este caso el feto todavía no es viable y, por tanto, el interés del Estado aún no es compulsivo, permanece dicho interés (en calidad de *highly significant interest*) de protección del feto a la mitad de su desarrollo, y este interés también prima sobre la libertad religiosa(113). Decidir en favor de esta protección es congruente con la jurisprudencia de otros estados (*Raleigh Fitkin-Paul Morgan Mem. Hosp. v.*

(112) *Application of Jamaica Hosp.*, 491 N.Y.S.2d 898 (Sup. 1985).

(113) *While I recognize that the fetus in this case is not yet viable, and that the state's interest in protecting its life would be less than "compelling" in the context of the abortion cases, this is not such a case. In this case, the state has a highly significant interest in protecting the life of a mid-term fetus, which outweighs the patient's right to refuse a blood transfusion on religious grounds.* Ibid. at 900.

Anderson, Jefferson v. Griffin Spaldin City Hospital). El juez además, señala la presencia de hijos menores dependientes, pero no atenderá como motivo de decisión a este argumento. Por ello, concluye, se autoriza la transfusión y se nombra *special guardian* del feto al Dr. Capiello, médico que está atendiendo a la madre, que podrá ejercitar discrecionalmente cuantas medidas sanitarias estime oportunas para salvar al no nacido.

La decisión judicial adopta como fundamento un punto ciertamente controvertido. Quizá hubiera resultado más sencillo para el juez autorizar las transfusiones en virtud de los menores dependientes. Ha preferido, sin embargo, hacerlo en protección del feto, con una velada intención delimitadora de los efectos de la sentencia *Roe v. Wade*.

3. Tratamientos médicos en menores de edad.

En este sector de objeción de conciencia, el dramatismo se acentúa, a la vez que la intervención estatal se hace mayor. La *common law* en materia de consentimiento en tratamientos médicos a menores es una mezcla de tres campos distintos del derecho: *torts*, contratos, y derecho de familia.

Siguiendo los planteamientos de la *informed consent doctrine*, la ley exige que, puesto que el menor es legalmente incapaz de emitir ese *informed consent*, sean los padres quienes lo presten. Algunas tendencias doctrinales, sin embargo, estiman que debe examinarse el grado de capacidad del menor para emitir el consentimiento. Las excepciones de *common law* a la regla general vienen señaladas por los casos de emergencia, la *minor maturity rule*, y la situación del menor emancipado(114).

Analizamos los tratamientos médicos en menores de edad desde dos amplios sectores: el derecho civil (entendido este en su acepción continental), por cuanto

(114) Cfr. Robert Bennet, *Allocation of Child Medical Care Decision-making Authority: A Suggested Interest Analysis*, 62 Va.L.Rev. 285, 285-292 (1976).

surgen problemas sobre la patria potestad y custodia del menor, amén del entendimiento de los deberes que los padres deben observar hacia sus hijos; y el derecho penal, por cuanto el Estado y la comunidad requieren de los padres-objetores una responsabilidad en caso de muerte del menor, ya que sus comportamientos atentan contra los criterios usuales de cuidado y custodia de menores.

Aun cuando muchas de las conclusiones que se obtiene del análisis legal avalan las líneas generales del *statu quo* en los Estados Unidos, es necesario relativizar las mismas, ya que tanto en materia civil como en la criminal, los jueces deciden a partir de leyes estatales, no federales.

3.1. El criterio fundamental ofrecido por el Tribunal Supremo de los EUA: *Prince v. Massachusetts*(115).

Sarah Prince, Testigo de Jehová, es acompañada por su sobrina Betty M. Simmons —de nueve años de edad, bajo la custodia legal de Sarah— en la actividad proselitista de venta de las publicaciones religiosas *Watchtower* y *Consolation*, a pesar de que Mr. Perkins —autoridad docente local— ha hecho advertencias a Sarah de la ilegalidad que supone el trabajo de menores en la calle. En una de las ocasiones en que Sarah y Betty se encuentran vendiendo revistas a los viandantes, Mr. Perkins se dirige a Sarah instándole a que le diga el nombre de la menor y conminando a ambas a volver a casa. La respuesta de Sarah es terminante: "ni usted ni nadie puede detenerme... Esta niña está ejercitando su derecho dado por Dios y reconocido por la Constitución de predicar el Evangelio, y ninguna criatura en el mundo puede interferir los Mandamientos de Dios".

Ante el Tribunal Supremo de los Estados Unidos, Sarah Prince plantea en apelación la validez de las leyes sobre trabajos de menores de edad del estado de Massachusetts, a la luz del mandato constitucional contenido en la *Free Exercise*

(115) *Prince v. Massachusetts*, 321 U.S. 158 (1944).

Clause. La decisión reafirma la validez de las leyes estatales. El ponente de la misma fue el magistrado Rutledge.

El motivo por el cual esta decisión constituye el criterio fundamental en la materia, es precisamente dos *dicta* de la sentencia. El primero hace referencia al papel del Estado en las relaciones paterno-filiales. Traduzco de modo no estrictamente literal algunas frases: la familia no es un ente más allá de toda regulación en favor del interés público, en virtud de un pretendido derecho de libertad religiosa. Ni los derechos de religión ni los derechos de los padres están fuera de toda limitación. El Estado, actuando como *parens patriae* con el fin de garantizar el interés general consistente en el bienestar de los menores, puede restringir el control paterno exigiendo la escolarización obligatoria, prohibiendo el trabajo de los menores de edad, o regulando otras materias. La autoridad estatal no se ve minimizada simplemente porque los padres fundamenten sus decisiones en la religión o en la conciencia. Los padres no pueden demandar una completa libertad respecto de la vacunación obligatoria para sus hijos por motivos religiosos. El derecho de practicar libremente su religión no incluye la libertad de exponer a la comunidad o al menor a una enfermedad contagiosa. El Estado tiene un amplio margen de poder para limitar la libertad y la autoridad de los padres en cuestiones que afectan a la salud del hijo, y esta limitación alcanza en cierta medida cuestiones de conciencia y de convicción religiosa(116).

El segundo *dictum* es bien conocido, pues se repite incansablemente en las decisiones referidas a tratamientos médicos a menores contra la voluntad de los progenitores: los padres pueden ser libres de hacerse mártires a sí mismos. Pero de esto no se sigue que sean libres, en idénticas circunstancias, para hacer mártires a sus hijos hasta que estos alcancen la edad de la discreción, en la cual ellos pueden realizar esa elección por sí mismos(117).

(116) Estas frases están extraídas de la sentencia: 321 U.S. at 165-167.

(117) *Parents may be free to become martyrs themselves. But it does not follow they are free, in identical circumstances, to make martyrs of their children before they have reached*

Ambas argumentaciones, parecen elaboradas más para estos casos-límite de objeción de conciencia a tratamientos médicos que para la cuestión de venta ambulante por parte de los Testigos de Jehová. Su claridad justifica en cierto modo tanto que sean frecuentemente citadas como que el Tribunal Supremo, o las Cortes Federales inferiores, no hayan intervenido posteriormente (por medio de apelaciones, o *writ of certiorari*(118)) con el fin de aportar una doctrina aun más ceñida a los supuestos que analizamos(119).

Es necesario explicar brevemente los intereses estatales presentes en estos textos de la decisión. El interés estatal de la salud y seguridad pública tiene un alto grado de consideración en su oposición al interés religioso en juego. El motivo es bien simple: el interés por la salud pública refleja muy bien que el derecho de uno termina donde empieza el de los demás. Respecto del concepto *parens patriae*, es preciso tener en cuenta que la autoridad estatal para proteger a los menores y actuar positivamente en beneficio de su salud y seguridad se remonta a varios siglos en el derecho anglo-americano. Se reconoce pacíficamente como parte de la *equity jurisdiction* en Inglaterra al menos a principios del siglo XVII. Habitualmente se explica como principio derivado de la prerrogativa de la Corona inglesa para amparar a aquellos súbditos que no son capaces de valerse por sí mismos. Su carácter responde a la flexibilidad de la jurisdicción de *equity* de la que procede(120).

the age of full and legal discretion when they can make that choice for themselves. 321 U.S. at 170.

(118) Vid. ATL.

(119) En *Funkhouser v. Oklahoma*, 490 U.S. 1066 (1989) (9 RFR 128), el Tribunal Supremo Federal decide no revisar un caso de condena criminal a unos padres por la muerte de su hija de tres meses, al no buscar ayuda médica sino tan sólo medios espirituales. En *Spratt v. County of Kent*, 480 U.S. 934 (1987) (7 RFR 312), rechaza la revisión de una sentencia que despidió a un funcionario (*county correctional counselor*) por emplear medios espirituales para tratamiento de enfermedades.

(120) Cfr. Homer H. Clark, Jr., *The Law of Domestic Relations*, second edition, West Publishing Co., 1987, vol. 2, pág. 477.

Parens Patriae refleja de el poder del Estado para intervenir en las relaciones normales paterno-filiales, con el fin de dar al menor protección en su salud, desarrollo o seguridad, sin perjuicio de la *maturity minor rule* (existente en algunos estados de la unión) que permite oír también al menor en orden para la determinación judicial de su *best interest*(121).

3.2. Aspectos jurídico-civiles: la custodia del menor.

En este campo de decisión legal y jurisprudencial del cuidado médico de los menores, los Estados con frecuencia confían el problema a los llamados *neglect statutes*. Pero puesto que esta actuación estatal interfiere las áreas de autonomía de la familia y de los padres, los tribunales deben sopesar los intereses de los padres y del poder público. Cuando el menor de edad es *competent* —es decir, con capacidad de entender o de discernimiento— su opinión debe ser considerada(122). Adicionalmente, cuando la negativa paterna se funda en objeción religiosa, ese *balancing* de intereses entraña una mayor complejidad(123).

(121) Cfr. Ibid. pág. 581.

(122) Cfr. Robert Bennet, *Allocation of Child Medical Care Decision-making Authority: A Suggested Interest Analysis*, 62 Va.L.Rev. 285, 289 (1976).

(123) Cfr. Daniel J. Kearney, *Parental Failure to Provide Child with Medical Assistance Based on Religious Beliefs Causing Child's Death.- Involuntary Manslaughter in Pennsylvania*, 90 Dickinson L.Rev. 861, 870 (1985-1986).

3.2.1. Transfusión de sangre a un menor recién nacido: *People v. Labrenz y Morrison v. State*(124).

Cheryl Linn Labrenz, poco después de su nacimiento, manifiesta síntomas de *erythroblastosis fetalis* (grupo RH), con la consiguiente pérdida de glóbulos rojos que inevitablemente le conduce a la muerte. Los médicos que atienden a la recién nacida exponen a los padres la grave situación y aconsejan una inmediata transfusión de sangre. Los padres (testigos de Jehová) se niegan rotundamente a que se realice la transfusión. Es por ello que el Estado solicita del Tribunal de Circuito del Condado de Cook el nombramiento de un *guardian* para la menor y se autorice al mismo a consentir en la hemoterapia. El juez de circuito accede a la petición. La transfusión se realiza, pero los padres de Cheryl apelan la decisión ante la Corte Suprema de Illinois(125).

Aunque puede considerarse que no subsiste el supuesto de hecho como *case and controversy*, no obstante el tribunal se pronuncia sobre el mismo, atendiendo a las excepcionales circunstancias que concurren en él(126).

(124) Junto a las decisiones de tribunales estatales que se estudian a continuación, es preciso hacer mención a la sentencia de la Corte Federal del W.D. Distrito *Jehovah's Witnesses in State of Washington v. King County Hospital* (278 F. Supp. 488, 1967), en la que —entre un intrincado marasmo de títulos que avalan la legitimación activa de los objetores— se encuentran alegaciones contra diversas autorizaciones judiciales de hemoterapia a menores de edad. La Corte reafirma la doctrina de la sentencia *Prince*, y reenvía el caso a la Corte estatal *a quo* para determinar el significado de la ley estatal debatida.

(125) *People v. Labrenz*, 104 N.E.2d 769 (1952).

(126) (...) *when the issue presented is of substantial public interest, a well-recognized exception exist to the general rule that a case which has become moot will be dismissed on appeal. (...) we find that the present case falls within that highly sensitive area in which governmental action comes into contact with the religious beliefs of individual citizens. Both the construction of the statute under which the trial court acted and its validity are challenged. In situations like this one, public authorities must act promptly if their action is to be effective, and although the precise limits of authorized conduct cannot be fixed in advance, no greater uncertainty should exist than the nature of the problems makes inevitable. Ibid. at 772.*

El Tribunal Supremo de Illinois reafirma la sentencia de la Corte inferior. Entiende que cabe la declaración de *child neglect* para el recién nacido cuyos padres no consienten en la hemoterapia, aun cuando en otros órdenes esos padres observen respecto al menor todos los cuidados que la ley les exige. En cuanto a la posible infracción de la libertad religiosa que se sigue de retirar a los padres la custodia de Cheryl, el tribunal aplica los argumentos de las decisiones *Reynolds*(127) y *Prince* a este caso, concluyendo la validez de las leyes aplicadas, y de la conducta seguida por el tribunal inferior, en favor de la preservación de la vida humana.

Ante la Corte de Apelaciones de Kansas City, procedente del Tribunal de Circuito del condado de Jackson, se plantea en apelación la declaración de *child neglect* de Janet Lynn Morrison, de 12 días, trasfiriéndose la custodia a la Corte con el fin de proceder a transfundirle sangre(128). La doctora Esther Winkelman había atendido el parto de la madre, sin especiales complicaciones, y detectó los síntomas de una fuerte anemia. Informó a los padres de la situación del bebé, y de la necesidad de transfundir sangre para salvar la vida de Janet, pero los padres rechazan el tratamiento salvífico de su hija, ya que son testigos de Jehová. La transfusión fue realizada inmediatamente después de ser autorizada por la Corte de Circuito. Los padres apelan la decisión judicial, alegando que no deviene *moot question*. La Corte de Kansas City entiende que puede entrar al fondo, en virtud de los intereses afectados(129).

(127) De los argumentos de esta sentencia, creo interesante destacar las siguientes palabras del magistrado ponente Waite, reproducidas en la sentencia: *Laws are made for the government of actions, and while they cannot interfere with mere religious belief and opinions, they may with practices. Suppose one believed that human sacrifices were a necessary part of religious worship, would it be serious contended that the civil government under which he lived could not interfere to prevent sacrifice? Or if a wife religiously believed it was her duty to burn herself upon the funeral pile of her dead husband, would it be beyond the power of the civil government to prevent her carrying her belief into practice?* (98 U.S. at 166).

(128) *Morrison v. State*, 252 S.W.2d 97 (1952).

(129) *The Illinois Supreme Court said that, because the issue presented was of substantial public interest and that it was desirable that an authoritative determination be*

El tribunal se centra de inmediato en cuál es la cuestión que debe decidirse: si el Estado tiene el poder o legitimación para privar a unos padres de la custodia de un menor con el objeto de preservar la vida de éste. La Corte entiende que sí. Y que las creencias religiosas de los padres no tiene relevancia alguna. Pero hace mal en —a renglón seguido— aplicar una hermenéutica jurídica sobre los pasajes de la Sagrada Escritura sobre los que los testigos de Jehová apoyan su abstinencia de la sangre, cuando poco antes la Corte se propuso no entrar en este tipo de cuestiones(130). Las bases de la decisión son varias. La primera —por supuesto— los precedentes aplicables de la Corte Suprema de Los EUA: *Reynolds v. United States* y *Prince v. Commonwealth of Massachusetts*. La segunda, el derecho natural expuesto por Aristóteles: la autoridad o estado como necesidad natural del hombre y su prioridad lógica sobre la familia y al individuo, en virtud de la mayor extensión de sus fines; también se apoya el tribunal en la Declaración de Independencia de los EUA(131), en la que el derecho a la vida es calificado de inalienable, lógicamente anterior a la libertad y la felicidad. En tercer lugar, la Corte alude a los deberes naturales y legales de los padres hacia los hijos, conforme a la tradición jurídica angloamericana(132). Por último se recuerda el poder de las Cortes de

made for the future guidance of public officers in probably recurring cases, appeals should not be dismissed. Another reason given by that court for refusal to dismiss was that an appellate decision would tend to clarify the rights of parties involved in the event of damage suit should be brought, based upon the fact that the operation was performed without the consent of the parents. People ex rel. Wallace v. Labrenz, 411 Ill. 618, 104 N.E.2d 769, 772, 773. On the above decision, and the authorities there cited, we hold that the appeal should not be dismissed. Morrison v. State, 252 S.W.2d 97 (1952).

(130) *With the interpretation of these Biblical injunctions we are not concern. Courts leave such matters to the conscience of the people. Ibid. at 99-100.*

(131) *We hold these truths to be self-evident, that all men are created equal, that they are endowed by their Creator with certain unalienable Rights, that among these are Life, Liberty and the pursuit of Happiness. That to secure these rights, governments are instituted among Men. Ibid. at 101.*

(132) *Blackstone, in Book 1, Section 447, (published 1765) said: "The duty of parents to provide for the maintenance of their children is a principle of natural law; and obligation, says Puffendorf, laid on them not only by nature herself, but by their own proper act, in bringing them into the world; for they would be in the highest manner injurious to their*

equidad para, en virtud del carácter de *parens patriae* del poder público, ordenar tratamientos médicos compulsivos en menores. La decisión termina, desafortunadamente, haciendo un juicio moral sobre la conducta del padre de la menor(133). A todas luces hubiera resultado más sencillo para el tribunal remitirse a la doctrina general sobre tratamientos médicos a menores en peligro de muerte vía *parens patriae*. Pero, como se indicaba en el caso *Powell*, los hechos llaman al apasionamiento de todos los intervinientes en estos supuestos de objeción de conciencia: padres, pacientes, médicos y, por supuesto, jueces.

En la decisión *Hoener v. Bertinato*, la protección de la vida del menor frente a la objeción religiosa de los padres alcanza unas cotas que refuerzan las conclusiones a las que se llegaba en el estudio de los tratamientos médicos en beneficio de la vida intrauterina. En este caso, Gloria Bertinato, madre de dos hijos menores, está apunto de dar a luz a su cuarto hijo. La experiencia médica de anteriores partos, revela que la condición sanguínea de la madre (RH negativo) hará necesaria la inmediata transfusión de sangre al recién nacido. Gloria Bertinato, al igual que en anteriores partos, se niega a la transfusión de sangre por motivos exclusivamente religiosos. Los médicos no esperan a que nazca el hijo para dirigirse a los tribunales solicitando autorización para transfundir sangre al menor inmediatamente después de su nacimiento, y por ello se dirigen a la Corte de Familia del Condado de Bergen, New Jersey(134).

issue, if the only gave their children life that they might afterwards see them perish. By begetting them, therefore, they have entered into a voluntary obligation to endeavor, as far as in them lies, that the life which they bestowed shall be supported and preserved. And thus the children will have the perfect right of receiving maintenance from the parents". Ibid. at 102.

(133) *A religious zealot may have the right to fast until death in the sincere belief that, by so doing, God will be influenced to act positively on behalf of a sinful world; but he may not be permitted to abuse his parental authority by denying his children food, freely offered by compassionate society to relieve their suffering and preserve their lives and mental and physical health. Ibid. at 103.*

(134) *Hoener v. Bertinato*, 171 A.2d 140 (1961). La Corte Suprema de New Jersey, al año siguiente de dictarse esta sentencia, se pronunció también a favor de las transfusiones

En testimonio oral, la demandada manifiesta que aun rechazando las transfusiones de sangre, aceptará a su hijo en su hogar(135). La Corte entiende como doctrina segura la posibilidad de administrar tratamientos médicos a menores contra el rechazo paterno, reforzando este principio por el propio *neglect child statute* del Estado, que no establece excepción por motivos religiosos a la atención médica adecuada del menor. El problema para la Corte estriba en que en este caso se trata de extender el principio general a un no nacido. Pero el tribunal se apoyará en el propio *statute* sobre custodia de menores, sobre la ley penal, sobre testimonios médicos y sobre el derecho constitucional para proteger al feto(136).

3.2.2. Tratamientos médicos sin inminente peligro para la vida del menor.

Ante la Corte de Apelación de Nueva York, *In re Seiferth* (137) plantea la transferencia de la custodia del menor al *Commisioner of Social Welfare* al objeto de consentir en la realización de una operación de cirugía plástica. Martin Seiferth, de 14 años de edad, desde su nacimiento tiene el paladar partido, así como deformidad en los labios, impidiéndole hablar con normalidad. A juicio de los médicos y psicólogos, esta deformación tendrá serias consecuencias en el desarrollo y en la madurez de Martin. El padre del menor se niega a que se realice la operación: cree posible la curación en la medida en que se deje a las fuerzas del universo que actúen en el cuerpo humano. Sin embargo, declara que si su hijo desea la operación, él no se opondrá. Las creencias de Mr. Seiferth, por tanto, responden más a unos principios filosóficos que a una religión o confesión institucionalizada. Preguntado

de sangre para salvar la vida del menor, contra las objeciones religiosas de los padres, en la decisión *State v. Perricone*, 181 A.2d 751 (1962).

(135) *They stated, however, that if the transfusions were ordered by the court —a matter beyond their control and against their wishes—, they would nevertheless accept the child into their home as their child. They also stated that the second child born to them, who was given transfusions, is a healthy child. Ibid. at 142.*

(136) *Ibid. at 144.*

(137) *In re Seiferth*, 127 N.E.2d 820 (1955).

Martin por el juez tutelar acerca de si consentía en la operación, contestó que prefería que esos defectos físicos fueran corregidos por "las fuerzas naturales". Como el propio tribunal reconoce, el menor está fuertemente influenciado por las ideas de su padre(138). La Corte decide no autorizar la transferencia de la custodia del menor, ni la operación: la condición de Martin no supone un caso de emergencia ni inminente peligro de muerte. De todas formas, el tribunal deja la posibilidad de que si Martin cambia de opinión, pueda recurrir al *Commissioner of Social Welfare* y a la Corte con el fin de que el Estado corra con los gastos de la intervención quirúrgica.

La sentencia tiene la peculiaridad de recoger una objeción —hay bien pocas— basada en motivos filosóficos. La decisión de la Corte más se debe, sin embargo, a la negativa del padre y del hijo, simple y llanamente, que a la cualificación de esa negativa por un motivo pseudo-religioso. La Corte se ha inclinado por la tendencia más firme en materia de tratamientos médicos a menores: en caso de negativa de los padres, sin peligro para la vida del menor, no autorizar la intrusión en las relaciones normales paterno-filiales.

Distinta fue la decisión, en el mismo estado, para Kevin Sampson, de 15 años de edad, aquejado de la enfermedad de Von Recklinghausen (neurofibromatosis en cara y cuello) desde su nacimiento. Kevin había dejado de asistir a la escuela desde los nueve años de edad a causa de su deformación física, con el consiguiente retraso en su formación educativa. El *County Commisioner of Health* estima necesaria una operación quirúrgica para corregir la enfermedad. Dicha intervención requiere hemoterapia, pero la madre de Kevin, testigo de Jehová se niega a que se transfunda sangre. El departamento de salud mencionado lleva la cuestión ante el juzgado de Familia de Ulster County(139) y se declara a Kevin, conforme a la ley,

(138) *There is not doubt, however, that the father is strong minded about this, and has inculcated a distrust and dread of surgery in the boy since childhood* (Ibid. at 822). *Quite obviously, he is greatly influenced by his father, quite plainly a victim of the latter's unfortunate delusions* (Ibid. at 824).

(139) *In re Sampson*, 317 N.Y.S.2d 641 (1970).

neglected child. La madre apela la decisión ante la Corte Suprema⁽¹⁴⁰⁾, defendiendo que no se ha probado que Kevin sea un menor desatendido y que la hemoterapia impuesta contra sus creencias religiosas en una infracción grave de la Primera Enmienda de la Constitución. La Corte, sin embargo, mantiene la declaración legal de *neglect child*. ¿Cómo es posible esta conclusión, contraria a la obtenida en *In re Seiferth*?

En ambos casos, no se trata de un tratamiento médico salvífico de la vida del menor. Sin embargo, en esta sentencia el tribunal plantea la discusión en claros términos de *competing interests*, de intereses jurídicos confrontados: el derecho del menor a un normal desarrollo de su vida frente a las creencias religiosas de la madre. Por tanto, no se atiende a un principio de, llamaríamos, mínima intervención judicial (sólo en caso de peligro de muerte, como en *Seiferth*), sino a la existencia de un derecho del menor a un normal desarrollo, que aconseja la operación para corregir una enfermedad física que trasciende a su desarrollo psicológico y su formación educativa. De ahí que se insista en la legítima restricción de la *freedom to act* en materia religiosa, en la obligación de los padres de facilitar a sus hijos un cuidado médico adecuado de cuya inobservancia se sigue la intervención estatal, y en las ventajas que la operación proporciona en la calidad de vida de Kevin, cuya opinión se debe tener en cuenta⁽¹⁴¹⁾.

(140) *In re Sampson*, 323 N.Y.S.2d 253 (1971). A su vez, la madre elevará un nuevo recurso a la Corte de Apelación de Nueva York (328 N.Y.S.2d, 1972), que hace suyo el *judgement* de la corte inferior, matizando su decisión anterior en *In re Seiferth* del modo siguiente: *The holding of this court in Matter of Seiferth did not limit to drastic or mortal circumstances the statutory power of the Family Court or like court in neglect proceedings to order necessary surgery. In the Seiferth case the court was obliged to choose between the findings of the Children's Court and that of the Appellate Division on how best to exercise a court's discretionary powers in the circumstances.* Cfr. *Ibid.* at 687. Por tanto, se salva la congruencia de la decisión anterior, por cuanto ambas tenían objetos procesales distintos; en *Seiferth*, determinar la discrecionalidad de poderes de un tribunal; en *Sampson*, determinar si el interés en la vida de un menor prima sobre la libertad religiosa, cuando el tratamiento médico requerido no viene exigido por un peligro de muerte.

(141) En el estado de Nueva York, la decisión *Application of Cicero* (421 N.Y.S.2d 965; 1979) apoya también el tratamiento médico sin estar presente el peligro inminente para

La jurisprudencia del estado de Pennsylvania parece mantener una postura más próxima a la de la decisión *In re Seiferth*. O, al menos, eso permite asegurar la decisión de la Corte Suprema *In re Green*(142). Ricky Green, de 17 años de edad, hijo de padres separados, recayendo la custodia del menor en la madre, necesita una compleja operación para corregir la escoliosis intensa que padece, provocada por dos ataques de poliomelitis. Dicha operación exige transfundirle sangre. La madre de Ricky, testigo de Jehová, se niega a que se realice transfusión alguna. El caso llega hasta la instancia superior del Estado de Pennsylvania, para quien la cuestión está en determinar si el interés del Estado en la salud del menor es de tal magnitud como para que prime éste sobre el derechos constitucional de libertad religiosa de la madre, que ejerce su custodia sobre el menor conforme a unos convencimientos morales que llevan a objetar determinados tratamientos médicos.

Los precedentes de los que parte el tribunal de Pennsylvania son, naturalmente, *In re Seiferth* e *In re Sampson*, cuyas conclusiones son, como hemos visto, contradictorias. La Corte Suprema de Pennsylvania optará por, llamémoslo así, lo seguro. Es decir, que cuando está en juego la libertad religiosa de los padres (no necesariamente la del hijo, cuya libertad religiosa, se dice implícitamente, no cuenta de modo directo) el Estado sólo está legitimado para intervenir en favor de la salud

la vida del menor. Se trata de una niña de apenas unos días, que requiere una operación para corregir la enfermedad conocida como meningomielocela con columna vertebral bífida que provoca hidrocefalia. Los padres objetan a la misma, por considerar que debe ser Dios quien decida la suerte de la vida del bebé (no es una objeción netamente religiosa, sino un sentimiento religioso en combinación con el temor de que el bebé sea objeto de experimentación por parte de los médicos). La Corte decide en favor de la operación: *Where the child's welfare demands judicial intervention, this court is empowered to intervene (...)* *Certainly, every physician who prefers a course of treatment rejected by a parent is not privileged to have the court decide upon the treatment under its parens patriae powers (...)* *But where, as here, a child has a reasonable chance to live useful, fulfilled life, the court will not permit parental inaction to deny that chance.* Ibid. at 968.

(142) *In re Green*, 292 A.2d 387 (1972).

del menor si la vida de este se encuentra en inminente peligro(143). Por otra parte, esta Corte encuentra que el único criterio fiable para permitir la intervención del Estado es el peligro inminente para la vida. Rechaza por tanto la distinción *fatal/non-fatal* elaborada por la sentencia *In re Sampson*, al considerar que remite a criterios subjetivos la necesidad de la intervención médica(144). Es por ello que prefiere adoptar una decisión al estilo Seiferth, y reenviar el pleito a la corte inferior con el fin de que se escuche la opinión del menor en orden a la operación quirúrgica.

La Corte Suprema de Iowa parece reafirmar la jurisprudencia neoyorkina en el caso *In re Karwarth*(145); aunque también es cierto que la patria potestad de los objetores en este supuesto se encontraba fuertemente debilitada. Se trataba de autorizar judicialmente una operación de amígdalas para tres menores sometidos a la custodia legal del Estado. Sus padres, que atravesaban una situación económica y emocional difícil, habían solicitado del Estado relevarles de los deberes legales hacia sus hijos; estos habían sido confiados a una institución para menores, la Saint Vicent's Home. El padre se opone a que se realice esa operación, por motivos religiosos no identificados con una determinada confesión, solicitando que se empleen —antes que cualquier operación— medios tales como la quiropráctica. Se trata, en palabras del tribunal, de un conflicto entre el custodio legal de los menores y los residuales derechos paternos en la determinación del tratamiento médico más adecuado en orden al *best interest* de los menores. La Corte señala que el Estado, en su papel de custodio legal del menor, tiene el deber de facilitar un adecuado cuidado médico ordinario a los que se someten a esa custodia, por encima de las objeciones de los

(143) *We are of the opinion that as between a parent and the state, the state does not have an interest of sufficient magnitude outweighing a parent's religious beliefs when the child's life is not immediately imperiled by his physical condition.* Ibid. at 392.

(144) *This fatal/non-fatal distinction also steers the courts of this Commonwealth away from a medical and philosophical morass: if spinal surgery can be ordered, what about a hernia or gall bladder operation or a hysterectomy? The problems created by Sampson are endless.* Ibid. at 392.

(145) *In re Karwarth*, 109 N.W.2d 147 (1972).

padres, incluso en ausencia de riesgo de vida o muerte(146). Se rechaza la autoridad de la decisión *Seiferth* y se insiste, citando la decisión *Prince*, en que en este caso la objeción de los padres se encuentra muy debilitada: por la transferencia de la custodia al Estado, y por el hecho de que la objeción es más al tipo de tratamiento que a su necesidad. Cuidado médico *ordinario*, *naturaleza* del tratamiento... son matices legales que el tribunal que decidió el caso *Seiferth* estimaría inciertos o inseguros, pero que en este caso responden a una necesidad real del *best interest* de los tres pequeños.

El Estado de Oregon también ha conocido casos de objeción a tratamientos médicos sobre menores. La decisión *Matter of Jensen*(147) es una prueba de ello. Los padres de una niña de 15 meses recurren ante la Corte de Apelación de Oregón la decisión del tribunal de menores que ordenaba el tratamiento médico de la hidrocefalia de la menor. Los padres se oponen por motivos religiosos: son miembros de la *General Assembly and Church of the First Born*, en la que sólo está permitido el tratamiento de las enfermedades mediante la oración de los *elders* (ancianos, presbíteros) de la comunidad religiosa. La Corte realiza el siguiente razonamiento (a partir de las decisiones *Prince* y *Yoder*): presumiblemente, ningún Tribunal prohibiría que un padre obligue a un hijo reacio a asistir al servicio catequético dominical, al igual que ninguna Corte dudaría al prohibir a un padre que sacrifique su hijo al dios vulcano. Pero este caso —continúa el ponente— no se encuentra en este espectro de ejemplos: concluimos que dado que el menor no puede manifestar su propia opinión o elección sobre las cargas o gravámenes que debe soportar como consecuencia de las creencias religiosas de sus padres, esta carga o gravamen debe ser sopesada por el tribunal, que entiende que excede el límite de los derechos de libertad religiosa y de los derechos paternos relacionados con esa libertad. Los padres admiten que sus derechos religiosos deben ser pospuestos cuando la vida del menor está en inminente

(146) *The legal custodian's statutory duty to provide ordinary medical care presupposes a right to do so in appropriate circumstances over parental objection even in absence of immediate risk to life or limb.* Ibid. at 150.

(147) *Matter of Jensen*, Or. App., 633 P.2d 1302 (1981).

peligro; sin embargo, alegan que aquí no hay una situación de esa factura. El tribunal contesta diciendo que, efectivamente, no todas las situaciones de conflicto son igualmente graves, y que las alegaciones contrapuestas en materia de Primera Enmienda y *parens patriae* deben ser examinadas a la luz de la gravedad del riesgo contra el cual el Estado pretende actuar, pero el tribunal parece convencido al equiparar esta situación con un riesgo inminente para la vida. Los hechos, tal como él los ve, revelan que la más básica calidad de vida de la pequeña se encuentra en peligro en virtud del curso que los padres quieren dar a los acontecimientos(148). Por tanto, se ratifica la decisión judicial de ordenar el tratamiento médico.

La jurisprudencia del estado de Tennessee también apoya esta postura en la decisión *Matter of Hamilton*(149). El *Department of Human Services* del Estado había solicitado de la Corte de Menores del Condado de Campbell la declaración de *dependent and neglected child* en favor de Pamela I. Hamilton, una niña de 12 años, enferma de cáncer. Los padres se negaban a someter a su hija a tratamientos de quimioterapia y radiaciones, en virtud de sus creencias religiosas. Son miembros de la *Church of God of the Union Assembly*(150), uno de cuyos principios es que todos los miembros de la confesión tiene prohibición expresa de emplear la medicina, vacunas o inyecciones de cualquier clase. La Corte de menores declara el abandono

(148) *While we agree that not all events are equally grave, and the competing claims of First Amendment liberties as the state's parens patriae role must obviously be weighed in light of the gravity of the risk against which the state seeks to act, we do not agree that the risk to the child in this case differs significantly in magnitude from an immediate threat to life. The facts as we find them are that the most basic quality of the child's life is endangered by the course the parents wish to follow. Their rights must yield.* Ibid. at 1306.

(149) *Matter of Hamilton*, 657 S.W.2d 425 (Tenn. App. 1983).

(150) Tanto esta confesión, como la *Church of God*, hace referencia a movimientos pentecostales norteamericanos, que centran la doctrina cristiana en los fenómenos sobrenaturales (glosolalia, exorcismo y carismas sobrenaturales) que acompañaron a la comunidad cristiana primitiva tras Pentecostés. Acentúan por tanto los fenómenos emocionales, irracionales y místicos, dentro de la propia comunidad cristiana. Cfr. Robert Mapes Anderson, *Pentecostal and Charismatic Christianity*, 12 *The Encyclopedia of Religion*, 229-235.

legal de la menor, y los padres recurren a la Corte de Apelaciones del Estado, apuntalando su postura en la decisión *Saikewicz*. El tribunal, toda vez que no acepta esa sentencia como precedente, establece que el tratamiento del cáncer de Pamela debe ordenarse judicialmente: hay situaciones en las que la libertad religiosa de los ciudadanos debe ceder; una de estas situaciones es la presente: una niña está muriendo de cáncer, experimentando un fuerte dolor que se agravará conforme avance la enfermedad; aquí la situación de vida o muerte sí que es, si no inminente, sí muy próxima.

A partir de estas decisiones⁽¹⁵¹⁾, es evidente que no cabe establecer una línea general de criterios en caso de que no haya inminente peligro para la vida del menor⁽¹⁵²⁾. Sólo podemos insistir una vez más en la conveniencia del estudio, singularizado e irrepetible, de cada situación de hecho, bien entendido que al menos abstractamente, se entiende como posible y plausible, en sede de constitucionalidad, la primacía de la vida del menor en peligro inminente sobre el derecho de libertad religiosa de los padres.

(151) A las que cabe añadir las ya estudiadas por la doctrina española eclasiasticista (Cfr. Rafael Navarro-Valls, Javier Martínez-Torrón y Miguel Angel Jurdado, op. cit., pág. 913-914) *Custody of a Minor*, Mass. 379 N.E.2d 1053 (1978), y *People in Interest of D.L.E.*, Colo. 645 P.2d 271 (1982). También puede hacerse referencia a *Fresno County Social Services Department v. Xiong*, emitida por un tribunal de menores de California: en ella se ordena el tratamiento quirúrgico de las deformidades en rodillas y pies de Kou Xiong, frente a la negativa de los padres (*Hmong people*) que, conforme a sus creencias animistas, consideran que la alteración de alguna parte del cuerpo atrae la displicencia de los espíritus (Cfr. 12 JCS 686, 1990).

(152) En la doctrina norteamericana tampoco hay un acuerdo unánime sobre los tratamientos médicos a menores sin peligro de la vida. Cfr. Kenneth J. Rampino, *Annotation.- Power of Court or Other Public Agency to Order Medical Treatment Over Parental Religious Objections for Child Whose Life is Not Immediately Endangered*, 52 A.L.R.3d 118; Daniel J. Kearney, *Parental Failure to Provide Child with Medical Assistance Based on Religious Beliefs Causing Child's Death.- Involuntary Manslaughter in Pennsylvania*, 90 Dickinson L.Rev. 861, 871-872 (1985-1986). No obstante, tal como indica el propio Kearney, el lenguaje de la decisión *Prince* parece abonar la tesis de autorizar judicialmente el tratamiento médico en estas circunstancias: *[t]he right to practice religion freely does not include liberty to expose the community or the child to communicable disease or the latter to ill health or death*. (321 U.S. at 166-167; destaco unas palabras en negrilla).

3.2.3. La objeción de conciencia como factor relevante para confiar la custodia de los hijos.

En el derecho norteamericano, el *best interest* del menor se contempla como factor relevante para determinar la custodia de hijos menores en caso de divorcio(153). Como es de suponer, la entrada en juego de una objeción de conciencia a tratamientos médicos necesariamente debe repercutir en la determinación de esa custodia. El caso *Levitski* muestra cómo es así, si bien la presencia de otros elementos determina que, permaneciendo la custodia a cargo de la madre, la Corte establezca medidas preventivas en orden a asegurar que la objeción de conciencia materna no repercutirá en la salud de los hijos.

La sentencia de divorcio del matrimonio de los Levitski determinó en 1962 que la custodia de los tres hijos menores correspondía a la madre, y que asistía al padre el derecho de visita en cualquier momento razonable. El decreto de divorcio además establecía que se exige a la madre dar inmediata cuenta a la Corte del ingreso de uno de los hijos en un hospital, para cuidados médicos de cualquier tipo, y que el tribunal podría en cualquier momento exigir informes médicos expedidos por pediatras, con el fin de permanecer informado del estado de salud y crecimiento de los hijos(154). El motivo de esta cláusula preventiva es las creencias religiosas de la esposa que, de ser católica al casarse con John M. Levitski, se convirtió

(153) Cfr. Kenneth R. Redden, *Federal Regulation of Family Law*, Michie Company, Virginia (1982), pág. 160: *despite the wishes of the parents, the state, applying the "best interest of the child" standard, may determine custody. This intervention requires that the judges consider thoroughly all the circumstances that will serve to foster the child's physical, intellectual, moral, and spiritual development.* Cfr. Homer H. Clark, Jr., *The Law of Domestic Relations*, second edition, West Publishing Co., 1987, vol. 2, pág. 479: *Nearly all judicial discussion of custody cases begins with the statement that custody must be awarded as to promote the child's best interest.*

(154) En Florida, se impuso a Christine y William Hermanson, *christian scientists*, junto con la pena derivada del probado delito de homicidio en tercer grado por la muerte de un hijo diabético, una sanción judicial civil consistente en regulares reconocimientos médicos y tratamientos a sus dos hijos. Cfr. 32 JCS 179 (1990).

posteriormente a los testigos de Jehová. John M. Levitski recurre el decreto de divorcio ante la *Court of Appeals of Maryland*(155), solicitando que se determine judicialmente si la madre debe continuar con la custodia de los tres menores, puesto que sus creencias religiosas en orden a los cuidados médicos atentan contra el *best interest* de los menores. La situación real de falta de atención médica se había dado ya cinco meses antes del decreto de divorcio: uno de los hijos, Nicholas Levitski, ingresó en el Mercy Hospital aquejado de una fuerte hemorragia intestinal. A pesar de los reiterados consejos médicos, la madre rechaza que se practique una transfusión de sangre y libera por escrito a los médicos de toda responsabilidad en caso de que muera su hijo. Sin embargo, ante el evidente estado crítico de Nicholas el hospital se pone en comunicación con el padre, quien solicita del *Supreme Bench* de Baltimore la autorización judicial para transfundir sangre. Se expide esta autorización y Nicholas se recupera con normalidad.

Al margen de otras consideraciones sobre el estado de salud mental de ambos cónyuges(156), la Corte analiza la relevancia del factor religioso en la determinación de la custodia de menores. La libertad de creer está completamente garantizada para un objetor religioso, pero no la libertad de actuar conforme a sus creencias. El rechazo de tratamientos médicos para los hijos es una conducta no garantizada. Si las creencias de la madre no supusieran un riesgo de muy graves consecuencias, la Corte no entraría a examinar si debe cambiar la custodia(157). Sin embargo —continúa el tribunal— la tendencia general de la jurisprudencia muestra que cuando las prácticas religiosas del progenitor amenazan o ponen en peligro la vida

(155) *Levitski v. Levitski*, 190 A.2d 621 (1963).

(156) Según indica la sentencia, ambos sufren desequilibrios neuróticos. Cfr. 190 A.2d at 624.

(157) *There are a number of cases holding that the fact that a parent teaches a child religious doctrines which are at variance with those of the majority is not a ground for a change of custody, and this rule has been applied in cases involving Jehovah's Witnesses and their tenets against saluting the flag, military service and the observance of Christmas, or one or more of those matters. See, for example, Cory v. Cory*, 70 Cal. App.2d 563, 161 P.2d 385; *Jackson v. Jackson*, 181 Kan. 1, 309 P.2d 705 (...) Ibid. at 626.

del menor, las Cortes de justicia deben intervenir con el fin de cambiar la custodia o tramitar otra orden apropiada al caso. En el caso *Battaglia v. Battaglia*, ante la Corte Suprema de Nueva York(158) y bajo un sustrato fáctico muy similar, el juez decidió el cambio de custodia con el fin de que puedan practicarse en el menor transfusiones de sangre. Sin embargo, en el supuesto Levitski, tanto el juez de primera instancia como el de apelación deciden que la custodia siga en manos de la madre: a excepción de este problema religioso, los niños disfrutaban junto a ella de una vida normal en todos los aspectos de su desarrollo; pero puesto que en el futuro puede presentarse un problema de conciencia en la madre que amenace la vida de sus hijos, la Corte indica que el consentimiento materno no será necesario en caso de necesidad de transfusión de sangre, estimada por el médico, con grave peligro de la vida para el hijo. Por tanto, la Corte modifica en este aspecto el decreto de divorcio de 1962.

La Corte Suprema del estado de Arizona también tuvo que pronunciarse, en 1982, sobre la custodia de menores en caso de objeción a tratamientos médicos. Se trata de la decisión *In the Matter of Appeal in Cochise County*(159). El 20 de marzo de 1981, Mrs. Drew lleva su hijo de 6 años, Therial, al servicio de urgencias del Cooper Quenn Community Hospital de Bisbee, cerca de la frontera con Méjico. Therial ingresa en el hospital ya cadáver y la autopsia revela que la causa de su muerte fue peritonitis con perforación de una hernia inguinal. El médico que practicó la autopsia se dirige al *Arizona Department of Economic Security* (D.E.S.), y dos miembros de ese organismo estatal visitan la casa de los Drew y entrevistan a la madre. Mrs. Drew explica en esa entrevista que cree en que los milagros podrían

(158) *Battaglia v. Battaglia*, 172 N.Y.S.2d 361 (1958). Otros casos de similares características, citados en la sentencia, son *People ex rel. Trafford v. Trafford*, 12 N.Y.S.2d 43 (Sup. Ct., Erie Co.) en el que la madre pertenece a la Christian Science y se otorga la custodia del menor a los abuelos; *Commonwealth ex rel. Derr v. Derr*, 25 A.2d 769, en el que la madre es testigo de Jehová y se transfiere la custodia al padre; *Commonwealth ex rel. Kaufman v. Kaufman*, 69 Montg. 292 (Pa.), similar al caso *Derr*; y *Gluckstern v. Gluckstern*, 158 N.Y.S.2d 432, en el que, siendo la madre Christian Scientist, no queda descalificada para la custodia del menor, si bien se condiciona su titularidad al cumplimiento judicial de algunas restricciones cifradas en revisiones médicas periódicas. (Ibid. at 627).

(159) *In the Matter of Appeal in Cochise County*, Ariz. 650 P.2d 459 (1982).

proteger a sus hijos y que, por tanto, no buscaría ayuda médica si cualquiera de sus hijos en el futuro estuviera gravemente enfermo. Por esta razón, el D.E.S. solicita la declaración judicial de *dependent children* para los hijos de Mrs. Drew(160). El tribunal de menores entiende que no puede declararse *dependent* a los Drew, ya que están debidamente cuidados y atendidos; la Corte de Apelación, sin embargo, estima que sí hay elementos probatorios suficientes para expedir dicha declaración judicial(161). Al margen de unos cambios legislativos relevantes en el momento de fallar la Corte de Apelación estatal, el razonamiento judicial de la Corte Suprema viene a centrarse en determinar si el concepto legal *necessities of life* requerido para la declaración de *dependent child* comprende el cuidado médico. Esas "necesidades para la vida" es un concepto flexible, pero el Estado debe entender por él un mínimo de cuidados (lugar para habitar, ropa, alimentación, educación, cuidados médicos) que los padres deben a sus hijos menores. Si los progenitores faltan a esos deberes legales, el Estado puede actuar en nombre del menor. En los supuestos de custodia, el interés del menor es el *paramount interest* o valor predominante. La Corte indica que la titularidad de la custodia debe seguir recayendo en la madre, a pesar de la objeción religiosa que ya ha sido patente, por cuanto no hay una situación efectiva de enfermedad de uno de los menores, sino que la madre ha afirmado, simplemente, que en el caso de una futura e hipotética enfermedad de uno de sus hijos, no acudiría a los

(160) La ley de Arizona establece el concepto legal en virtud del cual cabe la declaración de *dependent child* del siguiente modo: (a) *In need of proper and effective parental care and control and has no parent or guardian, or one who has no parent or guardian willing to exercise or capable of exercising such care and control;* (b) *Destitute or who is not provided with the necessities of life, or who is not provided with home, or suitable place of abode, or whose home is unfit for him by reason of abuse, neglect, cruelty or depravity by either of his parents, his guardian, or other person having custody or care.* (...) A.R.S. § 8-201 (10). No hay por tanto una referencia directa a los cuidados médicos. Esta omisión, en otros Estados, ha sido materia de controversia, aunque los tribunales no han dudado en entender que los cuidados médicos quedan comprendidos en los conceptos legales de *care, control, necessities of life*, etc.

(161) Ariz. App., 650 P.2d 467 (1981).

médicos(162). Por tanto, la Corte opta por un principio de mínima intervención al estilo de la decisión *In re Green*, que es citada expresamente: sólo podrá intervenir la jurisdicción cuando hay un peligro inminente de muerte o enfermedad grave, fuera del cual deben ser respetados los *parental rights* y el correlativo de libertad religiosa. Este principio de intervención mínima viene avalado principalmente por el principio de que la jurisprudencia en materia de *dependent children* suele privar a los padres de la custodia legal cuando se han producido malos tratos físicos(163) o hay en los padres una grave enfermedad mental que les impide cuidar adecuadamente de los menores(164). La Corte Suprema de Arizona entiende que no es aplicable las consideraciones de *Prince*, por cuanto no hay un efectivo y real choque de intereses entre la libertad religiosa de la madre y la salud de los hijos, y que debe ser el D.E.S. quien, en cumplimiento de sus atribuciones legales, vigile por la salud de los pequeños, en caso de que cayeran enfermos.

No cabe establecer una doctrina general en esta materia. Es claro que una objeción de esta clase es relevante a los efectos de determinar la custodia de un menor de edad, pero en lo que se refiere a su cambio, siempre será preciso estar a los factores concretos de cada caso. Una vez más, el problema de objeción remite en la jurisprudencia a soluciones elaboradas *case by case*, para cada situación concreta, evaluando los pros y contras. Cara al interés del menor, el derecho de libertad religiosa del progenitor es un factor no predominante a tener en cuenta.

(162) *We cannot and will not say that a woman's statement that she will not seek future medical care for her children who appear physically fit is not exercising parental care (...)* We emphasize that this would be a different case were any of these children known to be ill. A known illness would cause us to agree with the Court of Appeals that passive conduct, the failure to procedure medical attention, may amount to unwillingness to exercise parental care. Ibid. at 463.

(163) *In re Baby Boy Santos*, 71 Misc.2d 789, 336 N.Y.S.2d 817 (1972) e *In re Miller*, 40 Wash.2d 319, 242 P.2d 1016 (1952).

(164) *In re Maria Anthony*, 81 Misc.2d 342, 366 N.Y.S.2d 333 (1975).

3.3. Aspectos jurídico-penales en tratamientos médicos a menores.

Abordamos ahora un nuevo apartado, en el que se agrava más el conflicto entre objeción de conciencia y norma estatal, por cuanto el comportamiento del objetor no se doblga al hecho de que su comportamiento venga sancionado penalmente; y porque tampoco el Estado parece dispuesto a transigir en materia penal respecto a los comportamientos que por omisión incumplen un standard de conducta. En el campo del derecho penal, el Estado se ha mostrado quizá más reacio a establecer orientaciones prácticas, toda vez que las creencias morales de buena fe que no suponen dolo homicida contra la vida humana generan en el ordenamiento una cierta compasión o condescendencia, una comprensión mayor al comprobar que el comportamiento delictivo no lo es por el egoísmo o el puro afán de delinquir. Por último, hay que indicar que el fin social de la pena que se impone a los progenitores negligentes tiene difícil justificación desde una perspectiva, si se permite llamarla así, utilitarista, o de respeto a las minorías o de asunción en la ley de la voluntad de los ciudadanos: porque —como observa Kearney(165)— el fin disuasorio de la pena no viene justificado por el interés público o por la prevención de futuras conductas delictivas (no cabe prevenir la infracción de la norma cuando esta pierde, para el objetor, su legitimidad frente a una norma de conducta de raíces más profundas).

3.3.1. La doctrina de *common law* en materia criminal(166).

En muchas ocasiones, las sentencias norteamericanas en la materia hacen obligada referencia a lo que las Cortes inglesas han dicho sobre la objeción de conciencia a tratamientos médicos con resultado de muerte de un menor.

(165) Cfr. Daniel J. Kearney, *Parental Failure to Provide Child with Medical Assistance Based on Religious Beliefs Causing Child's Death.- Involuntary Manslaughter in Pennsylvania*, 90 Dickinson L.Rev. 861, 886 (1985-1986).

(166) Para un estudio conjunto de jurisprudencia y legislación inglesas en la materia, puede consultarse el artículo de Robert L. Trescher y Thomas N. O'Neill, Jr., *Medical Care for Dependent Children: Manslaughter Liability of the Christian Scientist*, 109 U.Pa.L.Rev. 203 y ss. (1960).

La jurisdicción inglesa empezó a conocer de estos casos en la última mitad del siglo XIX, a raíz de una serie de denuncias criminales dirigidas contra miembros de una secta religiosa autodenominada *Peculiar People*. El primer caso dirigida contra miembros de esta secta fue *Regina v. Wagstaffe*(167), del año 1868. El *trial judge*, al asesorar al jurado, les indica que es preciso distinguir una situación en la que se niega a un menor el alimento por razones religiosas, de una en la que se niega cuidados médicos por motivos similares. Respecto a la negativa de alimentos, el juez indica que esa creencia es tan absurda, que podría condenarse a su autor por *gross and culpable negligence*. Sin embargo, el juez dice al jurado que la negativa de cuidados médicos es diferente: el sentido común de las gentes ha llegado a diversas conclusiones sobre el comportamiento que debe seguirse cuando alguien enferma. A raíz de este caso, los autores que recopilaban reglas de *common law* llegaron a considerar que los motivos religiosos podían considerarse eximente de responsabilidad criminal(168). En *Regina v. Hines*(169) (muerte de un niño por neumonía) se mantuvo la misma posición que en el anterior. Sin embargo, en *Regina v. Hurry*(170) sí se condenó criminalmente a los padres. Con posterioridad a la *Poor Law Amendment Act*, el caso *Regina v. Downes*(171) estima que la ley somete a responsabilidad criminal a los padres que no proveen a sus hijos de tratamientos médicos, aun siendo por motivos religiosos. Los casos *Regina v.*

(167) 10 Cox Crim. Cas. 530 (1868).

(168) *Where from a conscientious conviction that God would heal the sick, and not from any intention to avoid the performance of their duty, the parents of a sick child refuse to call in medical assistance, though well able to do so, and the child consequently died, this was held at common law not to be culpable homicide.* 1 Wharton, Criminal Law, § 462 (12th ed. 1932).

(169) 80 Cent. Crim. Ct. 309 (1874).

(170) 76 Cent. Crim. Ct. 63 (1872).

(171) L.R. 1 Q.B. 25 (1875).

Cook(172) y *Queen v. Senior*(173) mantuvieron la tesis de que los motivos religiosos no constituyen eximente.

3.3.2. Evolución cronológica de la jurisprudencia norteamericana.

Podemos considerar que la decisión *People v. Pierson*(174) es el primer caso conocido, junto con la decisión del estado de Pennsylvania *Commonwealth v. Breth*, que se comentará más adelante.

J. Luther Pierson y su esposa, pertenecientes a la *Christian Catholic Church of Chicago*, adoptaron una niña que, en el momento de los incidentes, tenía 16 meses. La pequeña murió de neumonía, sin que sus padres adoptivos recurrieran a un médico, a pesar de que 48 horas antes de producirse el fallecimiento los síntomas de una grave enfermedad se recrudecieron, y de que contaban con medios económicos suficientes para la asistencia médica. Los Pierson confiaron completamente en la curación sobrenatural en virtud de la oración. En primera instancia, se condenó a los padres por homicidio imprudente, conforme a la sección 288 del Código Penal del Estado(175). El juez instruyó al jurado indicando que tuvieran en cuenta que los padres sabían que su hija estaba enferma, que deliberada e intencionadamente dejaron de avisar a un facultativo o de medicar a su hija. La sentencia fue recurrida a la *Appellate Division*, que consideró incorrecta la condena por *error of law*, ya que la ley penal debe interpretarse restrictivamente, y el artículo aplicable no impone un deber

(172) 62 J.P. 712 (1898). El juez instruyó al jurado en el sentido de que determinaran la culpabilidad de los objetores en virtud de el hecho de si la falta de cuidados médicos aceleró la muerte del menor, sin dejarse llevar de consideraciones sentimentales sobre si los objetores obraban en conciencia.

(173) 1 Q.B. 283 (1899)

(174) *People v. Pierson*, 68 N.E. 243 (1903).

(175) *A person who (1) willfully omits, without lawful excuse, to perform a duty, by law imposed upon him, to furnish food, clothing, shelter, or medical attendance to a minor, *** or (4) neglects, refuses or omits to comply with any provisions of this section, *** is guilty of a misdemeanor.*

expreso a los padres de llamar al médico. A su vez, esta decisión es elevada en recurso a la *Court of Appeals* de Nueva York.

Esta Corte entiende que, aunque el lenguaje del Código Penal podría ser aun más preciso, una razonable discreción de juicio de una persona medianamente prudente aconsejará llamar al médico en circunstancias como las del supuesto. Del tipo penal debatido lo que surge es un deber de cuidado que deviene en llamar al médico cuando sea necesario⁽¹⁷⁶⁾ conforme a ese juicio de prudencia. Recurrir a la atención médica se ha convertido —señala el tribunal— en una práctica habitual en todo país civilizado desde el siglo pasado. La cuestión que subyace a la apelación es —para la Corte— si existe un choque entre la norma penal y el artículo primero de la Constitución del Estado, que dispone: "el libre ejercicio y disfrute de la religión y el culto, sin discriminación ni preferencia, será por siempre permitidos en el Estado a todos; y ninguna persona podrá ser rechazada como testigo en virtud de sus creencias religiosas; pero la libertad de conciencia no podrá ser entendida de modo que justifique actos de libertinaje o prácticas incompatibles con la paz y seguridad". La Corte entiende que la paz y seguridad comprenden la obediencia a las leyes, y la protección de la vida y salud de los menores. La creencia religiosa no justifica ni la poligamia ni el abandono de los niños, a efectos penales.

Subsiste un problema en el supuesto, a pesar de los razonamientos judiciales: el standard de prudencia del hombre medio que justifica para la Corte la aplicación de la norma penal necesariamente penaliza la creencia religiosa; y, al menos, debe ser así reconocido. Es claro que el standard de prudencia para un ciudadano que cree

(176) *We quite agree that the Code does not contemplate the necessity of calling a physician for every trifling complaint with which the child may be afflicted, which in most instances may be overcome by the ordinary household nursing members of the family; that a reasonable amount of discretion is vested in parents charged with the duty of maintaining and bringing up infant children; and that the standard is at what time would an ordinarily prudent person, for the welfare of his child and anxious to promote its recovery, deem it necessary to promote its recovery, deem it necessary to call in the services of a physician. Ibid. at 244. If the medical attendance was not necessary, it was not a duty required of the defendant to furnish it; but, if it was necessary, then it was a duty to furnish it, and its failure to do so would be an unlawful omission to perform a duty imposed (...) Ibid. at 245.*

en la curación por la oración es distinto del aplicable que el standard legalmente propuesto(177).

La siguiente decisión que se analiza corresponde a la dictada por la Corte Suprema de Indiana en 1904. En ella se relata los siguientes hechos: John D. Chenoweth, menor de ocho meses, contrae bronconeumonía, con clara consciencia de los padres. Estos no llaman al médico, sino que acuden al *elder* (anciano, presbítero) de su comunidad religiosa, el cual ungió a John con óleo y rezó sobre él. El padre también se comunicó con John Alexander Dowie, de Chicago, y le rogó que orase por su pequeño. Los vecinos pedían al matrimonio que llamasen al médico, pero los padres se negaron una y otra vez. Poco después fallece John, y los padres son acusados de homicidio involuntario. El juicio en primera instancia se celebra con jurado, y éste falla declarando que siendo insuficiente la prueba aportada por el Estado, se absuelve al objetor religioso. El Estado apela la sentencia(178). La prueba pericial aportada indica que no se puede decir con plena certeza que de no llamar al médico se siguiera necesariamente la muerte del menor; tan sólo se puede afirmar que se habría prolongado su vida. El tribunal entiende que un comportamiento como el observado por el padre de John debe ser penalizado, pero la ausencia de norma jurídica específica aplicable, junto con un error de procedimiento cometido por la *trial court*, le lleva a rechazar la apelación y a afirmar el fallo del tribunal inferior(179). A los efectos de facilitar un cierto conocimiento de la orientación jurisprudencial en la materia, se citan algunos casos resueltos en la jurisdicción británica (*Regina v. Wagstaffe*, *Regina v. Senior*) y la decisión *People v. Pierson*, que

(177) La decisión *People v. Pierson* fue seguida por la *Criminal Court of Appeals* del estado de Oklahoma en el caso *Owens v. State* (116 P.345, 1911); en él se acusó a Lawrence Owens de homicidio imprudente por omitir su deber de facilitar cuidado médico a un hijo menor que falleció de fiebre tifoidea. La Corte sostuvo que la creencia religiosa no constituye defensa exculpatória frente al Código Penal.

(178) *State v. Chenoweth*, 71 N.E. 197 (1904).

(179) (...) *the question, as previously said, is one of public importance, and, if there is an absence of law in this state in respect to a case like this, the Legislature should promptly deal with the matter by proper legislation. Ibid. at 201.*

arrojan, como bien sabemos, resultados bien diversos.

La Corte Suprema de Maine, en 1905, también se mostró remisa a condenar penalmente a un objetor a tratamientos médicos. La sentencia *State v. Sanford* decide la apelación de la condenatoria a Frank W. Sanford, responsable religioso de una comunidad en la que fallece por difteria Leander Barlett, menor de edad. Los miembros de dicha comunidad llevan vida en común, y es norma moral el no acudir a la ciencia médica, confiando la curación a los medios sobrenaturales: oración y confesión de los pecados. La Corte Suprema de Maine, en el recurso que se le presenta, absuelve a Sanford, puesto que el *trial judge* había orientado erróneamente a los miembros del jurado, pidiéndoles que decidieran sobre la eficacia de la oración para curar la enfermedad; conforme a esta instrucción, un jurado podría absolver y otro condenar, pues se hace depender el dictamen del jurado de las creencias religiosas de sus miembros(180). La Corte indica, en *dicta*, que no puede considerarse *neglect* aquella conducta en la que el acusado cree en un método de curación de la enfermedad distinto de la medicina, y lo aplica. Es decir, que de no existir ese error formal que determina la sentencia absolutoria, posiblemente Sanford hubiera sido también absuelto.

Tal vez el caso más claro de renuencia judicial se manifiesta en la decisión *Bradley v. State* de la Corte Suprema del estado de Florida(181). Bertha Bradley, de 15 años de edad, sufre frecuentes ataques de epilepsia. En uno de ellos, cae inconsciente al fuego y sufre quemaduras de gravedad. Su padre, James Bradley, por motivos religiosos, no acude a los médicos, a pesar de las continuas

(180) *Thus, the conviction or acquittal of the respondent would depend, not upon the jury's finding as to the truth of some controverted fact, about which there was evidence for and against, not even as to the truth of some scientific theory, as to which those specially qualified by study and experience has testified and given their opinion, questions which, of course, must be submitted to the determination of the jury, but upon the belief of the individual members of the jury upon the efficacy of prayer as a means of cure for the sick, a question about which there is undoubtedly a considerable differences of opinion.* Ibid. at 600.

(181) *Bradley v. State*, 84 So. 677 (1920).

amonestaciones de familiares y amigos(182), y de que contaba con medios económicos para buscar ayuda médica. Después de más de un mes sin cuidado médico alguno, Bertha fue ingresada en un hospital y falleció unas semanas después. Los médicos del hospital testificaron que si Bertha hubiera recibido atención médica poco después de producirse el accidente, podría haberse recuperado. James Bradley fue condenado por homicidio involuntario en primera instancia, en virtud de la sección 3209 del *General Statutes 1906*, ley penal aplicable en el Estado de Florida(183). Bradley recurre la sentencia en *writ of error*(184). La Corte Suprema de Florida, desoyendo la prueba pericial médica, centra su atención en el derecho positivo, para establecer, de una parte, que no hay una ley en el estado que específicamente establezca como delito grave el supuesto presentado, que no queda cubierto por la definición legal del homicidio. El tribunal se atiene a la causa principal, física, de la muerte de Bertha (las quemaduras fortuítas), señalando que la ausencia de atención médica no constituye la "causa" del fallecimiento(185). En

(182) No se indica en la sentencia la adscripción confesional del objetor, si bien James Bradley testimonió al tribunal: *We were trusting to the Lord and looking to the Lord and believing in divine healing, and trusting to the Lord for the healing of the body (...) I believed that I was doing all that God required me to do; I had the saints and the elders pray for her which we did twice a day and annointed her with oil (...) James says, if any one is sick let him call for the elders of the church and let them pray over him, annoiting him with oil in the name of the Lord, and the prayer of faith shall save him. Epistle of James, 5:14, 15. Ibid. at 680.* Como puede verse, se trata de una interpretación rigorista de la Epístola del apóstol Juan, en la que el objetor ve la Unción de enfermos como medio exclusivo y excluyente de curación de enfermedades. Uno de los vecinos recomendó a Bradley que acudiera al médico; la contestación de James fue fulminante: *O, Glory to God, all the doctor I want is Jesus; I got Jesus. He is the greatest physician of all. He has promised to do it all. Ibid. at 680.*

(183) *The killing of human being by the act, procurement or culpable negligence of another, in cases where such killing shall not be justifiable or excusable homicide nor murder, according to the provisions of this article, shall be deemed manslaughter, and shall be punished by imprisonment in the county jail not exceeding one year, or by fine not exceeding five thousand dollars. Ibid. at 678.*

(184) Vid. ATL.

(185) *The intent of a statute is the law. A statutory definition of a felony should not by construction or interpretation be extended to covert acts or omissions of persons that are not*

esta sentencia, es importante tomar en consideración el voto particular, *concurring opinion*, formulado por el magistrado Browne, donde se reformulan los motivos inculpatorios esgrimidos por el Estado: "la menor se encontraba seriamente lesionada; no tuvo cuidados médicos durante tres semanas, transcurridas las cuales fue puesta bajo los cuidados médicos de un facultativo, durante dos semanas antes de su muerte; si el padre hubiera llamado a un médico antes, se hubiera recuperado; por ello, la negativa del padre es la causa de la muerte de la menor. La falacia del razonamiento es que no se ha probado, y no se puede probar, que si Bertha hubiera recibido cuidados médicos se hubiera recuperado. Y esta es siempre la falacia consistente en acusar de homicidio a un padre por dejar de llamar a un médico cuando su hijo cae enfermo, si luego muere"(186). No está de acuerdo el magistrado West, quien, en su *dissenting opinion*, estima que el elemento principal del problema en este supuesto es si la acusación ha sido probada. El estima que sí. Y que para estimar si la conducta del padre supone negligencia culpable, debe atenderse a la pregunta de cuál era su deber legal bajo esas circunstancias, teniendo en cuenta que la persona que sufrió las lesiones era una hija dependiente de él. Por otro lado, dice West, los precedentes no exigen para estimar negligencia culpable que esta resulte de una actuación intencionada, al igual que la condena por negligencia culpable a un médico no depende de su buena intención al administrar un tratamiento, en la esperanza de que resultaría benéfico, conforme a la sentencia *Hampton v. State*(187). También

within the intent of the statute, for only the lawmaking power can legally designate or define the criminal offenses for which penalties may be imposed. 84 So. at 678. Nor can it be fairly said that the allegations or proof show that any "culpable negligence" of the father caused "the killing of" the child. Manifestly the death of the child was caused by the accidental burning in which the father had no part. The attentions of a physician may or may not have prevented the burning from causing the death of the child; but the absence of medical attention did not cause "the killing" of the child, even if the failure or refusal of the father to provide medical attention was "culpable negligence" within the intent of the statute. Ibid. at 679. Cfr. Daniel J. Kearney, Parental Failure to Provide Child with Medical Assistance Based on Religious Beliefs Causing Child's Death.- Involuntary Manslaughter in Pennsylvania, 90 Dickinson L.Rev. 861, 875 (1985-1986).

(186) *Ibid. at 679.*

(187) *Hampton v. State*, 39 South. 421.

cita el magistrado West las decisiones *Queen v. Senior* y *People v. Pierson*.

Puede decirse de esta decisión que se ajusta a la exigencia del derecho penal sustantivo de evitar toda pena sin ley previa. A falta de un tipo específico para la conducta que se presenta para su decisión, el procesado debe ser absuelto. Sin embargo, más bien parece que la norma penal aplicable (sección 3209) es precisamente un tipo residual, para aquellas conductas homicidas no incluidas en otros supuestos de hecho normativos más graves. Y en esto sí que parece que la Corte ve preferible no enjuiciar, so capa de falta de legislación *ad hoc*.

La Corte de Apelaciones del estado de Maryland llega a una conclusión similar a la expuesta en *Bradley* en su decisión *Craig v. State*(188). En *Craig*, los padres habían sido condenados por no facilitar cuidados médicos a su hija de seis meses que muere de neumonía. Los padres son miembros de la *Church of God*, en la que es creencia fundamental la curación directa por acción de Dios, en virtud de la Epístola de San Juan (5:14, 15). El Estado aportó prueba suficiente de que la negligencia paterna había sido causa próxima de la muerte de la niña. Fundamentándose en la decisión *Pierson*, el tribunal indica que la creencia religiosa no es causa de exculpación en estas circunstancias(189). La Corte indica que, no obstante lo anterior, no se puede condenar a los procesados si no se demuestra una conexión causal entre la probada negligencia y la muerte que se produjo; siendo incuestionable que fue la neumonía lo que causó la muerte de la niña, enfermedad que

(188) *Craig v. State*, 155 A.2d 684 (1959).

(189) (...) *the particular religious belief of the person charged with the offense constitutes no defense. He cannot, under the guise of religious conviction, disobey the laws of the land made for the protection of the health and safety of society. It has been said that statutes such as we just mentioned make the duty of those charged with the care of a child to furnish medical aid to the child, regardless of their religious belief, as such statutes are directed at acts and not the beliefs of individuals (...) The appellants were, and are, at perfect liberty to believe in the religion of their selection; they may pray, anoint and call in the Elders of their Church in case of sickness of their minor children; but they, like all parents, must also obey the mandate of Article 72A, Section 1, by providing medical aid when the circumstances properly call for the same. Ibid. at 690.*

puede llegar a ser controlada mediante el tratamiento mediante antibióticos, en el presente supuesto no hay prueba de que la seriedad de la enfermedad se manifestara sino dos o tres días antes de la muerte, plazo en el que la medicación —según testimonio pericial médico— sería ineficaz.

La Corte Suprema de California, en *People v. Arnold*(190), revisó la sentencia penal que condenaba a la madre de Sandra Kay Arnold, de 13 años de edad, por homicidio. Sandra falleció por una obstrucción de intestino delgado. Dicha obstrucción tuvo como síntomas externos fiebres altas, dolores, debilitación general y vómitos. La reacción de la madre —que pertenecía a la *Church of the First Born*— a partir de estos síntomas, fue fundamentalmente rezar por su hija, aunque también intentó aliviarla con algunos remedios caseros. El día 19 de mayo de 1964, tras 17 días de graves síntomas, se produjo una fuerte convulsión que duró 25 minutos; la madre, acompañada por otros miembros de su confesión, llevó a Sandra a un río cercano. Bautizaron a la niña por inmersión y, tres horas más tarde, falleció. La Corte Suprema sostuvo que los remedios caseros y la oración no relevaban de su deber de facilitar cuidados médicos a su hija, conforme al Código Penal del estado, sección 270(191). No obstante, las circunstancias en que se produjeron el interrogatorio de la madre por parte del *Deputy District Attorney* se asimilan a la detención ilegal, con lo que la prueba testimonial es inválida, así como el proceso instructorio.

Hasta ahora, el resultado del análisis es bien sencillo. Generalmente, las Cortes manifiestan plenamente aplicable el principio de *common law* de que las creencias religiosas no generan causa de exculpación criminal. Pero, en virtud de esa especial contextura de la objeción de conciencia, los jueces se manifiestan especialmente sensibles a condenar al objetor, que infringe la ley por motivos de convicción moral,

(190) *People v. Arnold*, 426 P.2d 515 (1967).

(191) *A father of *** a *** minor child who willfully omits without lawful excuse to furnish necessary clothing, food, shelter or medical attendance or other remedial care for his child is guilty of a misdemeanor ***.*

facilitando a su hijo todos los medios de curación que estiman adecuados. De este modo, acuden al expediente de los errores procedimentales, o a entendimientos particulares de la causalidad criminal, para absolver al reo(192).

El problema ha atraído a la legislación. Algunos Estados, a partir de 1980, han establecido excepciones a la responsabilidad criminal para aquellos padres que tratan la enfermedad de sus hijos mediante "medios espirituales"(193). Esto, amén de provocar desunificación entre los Estados y en el tratamiento criminal de las conductas de los ciudadanos de los EUA, puede rozar la inconstitucionalidad en sede de *Establishment Clause*, por cuanto se da un tratamiento privilegiado a determinados grupos religiosos. Esta última crítica se evade si tenemos en cuenta el sentido que se da a las excepciones legislativas en virtud de las sentencias *Sherbert* y *Yoder*(194).

(192) Henri J. Abraham analiza muy acertadamente este problema, a raíz de los casos de dos menores enfermos de diabetes *People v. Parker*, no. CR 29566, Superior Court, San Bernardino County, California, 1974; y *Commonwealth v. Cornelius*, no. 105 April Sessions, 1956, Philadelphia County (Pa.) Quarterly Sessions, 5 November 1958. Este último caso se produjo en el estado de Pennsylvania. El fuerte arraigo de la *Christian Science* en ese estado genera una nueva defensa jurídica para evitar sentencias condenatorias, cual fue la orden de *nolle prosequi* para el Fiscal del caso. Cfr. Henri J. Abraham, *Religion, Medicine and the State*, 22 JCS 423 (1980).

(193) En concreto, existen estas excepciones en algunos estados, entre los que se encuentran: Nueva York (N.Y. Penal Law, § 260.115, McKinney 1980), Oklahoma (Okla. Stat. Ann. tit. 10, § 1130 (B), West Supp. 1985), en Massachusetts, desde 1971; California, desde 1976 (tenemos conocimiento de excepción en este último estado, a través de 32 JCS 685, 1990, que dió noticia del caso del fallecimiento por meningitis de Seth Glaser, hijo de un matrimonio de *christian scientist*), si bien en 1989 se propone al legislativo modificaciones en la misma línea de protección contra acusación criminal (*California Assembly Bill 2325*, introducido el 10 de marzo de 1989, 9 RFR 128); Colorado (*Colorado Senate Bill No.29*, 9 RFR 169, de alguna manera reacciona contra la decisión *Colorado v. Lybarger*, No. 82-CR-205, Colo.Cir.Ct., Larimer Cty. 1982, 2 RFR 283); Ohio (*Ohio State Spiritual Healing Bill, amended H.B. 257*, 9 RFR 293); Texas (*Texas Penal Code Ann. §22.04, Vernon 1989*, 9 RFR 129). South Dakota rechazó la posibilidad de tener esta exención para objetores religiosos (10 RFR 77). Vid. 32 JCS 923 (1990).

(194) *Again the answer is reasonably certain: a state could create such exception without violating the establishment clause. Indeed, Sherbert v. Verner and Wisconsin v. Yoder held*

En la década de los ochenta, la tendencia sigue siendo ambigua: se declara vigente el principio de que los motivos religiosos no constituyen causa de exención criminal, y a la vez la presencia de algún error procedimental permite que los acusados quedan absueltos.

Veamos una excepción a esta regla de la ambigüedad. *Commonwealth v. Barnhart*(195), de la *Superior Court of Pennsylvania*, contradice las previsiones que pudieran hacerse a partir del *nolle prosequi* de la sentencia *Commonwealth v. Cornelius*(196). Justin Barnhart, menor de dos años, falleció como resultado de un tumor cancerígeno que no fue tratado médicamente. Sus padres, miembros de la *Faith Tabernacle Church*, confiaron en el poder divino y rechazaron todo tratamiento médico. La muerte de Justin generó una investigación estatal, a consecuencia de la cual se llevó el caso a la jurisdicción criminal (*Court of Common Pleas, Cambria County*) y se condenó a los padres por homicidio involuntario. Los padres apelaron la decisión, y ésta sólo fue modificada en virtud del principio *non bis in idem*, ya que se les impuso sentencias separadas, una por homicidio involuntario, y otra por poner en peligro la vida del menor. la *Superior Court* reafirmó en fallo del tribunal inferior, teniendo presente que de este modo penalizaba el libre ejercicio de la religión de los Barnhart; pero la cuestión jurídica que se plantea para el tribunal es determinar en qué grado pueden los padres imponer sus creencias a un hijo menor; si éste hijo pudiera hablar o ser consultado en virtud de su capacidad de discernimiento, su decisión en favor de seguir las creencias religiosas de los padres relevaría a estos de responsabilidad criminal(197). Pero este no es el caso en que un menor pueda

that the exceptions for specific faiths can be constitutionally required. Cfr. Henri J. Abraham, *Religion, Medicine and the State*, 22 JCS 423, 434 (1980).

(195) *Commonwealth v. Barnhart*, 497 A.2d 616 (Pa. Super. 1985).

(196) Robert L. Trescher y Thomas N. O'Neill, Jr., *Medical Care for Dependent Children: Manslaughter Liability of the Christian Scientist*, 109 U.Pa.L.Rev. 203, 212-217 (1960).

(197) *In the outset I would distinguish between those cases in which the dependent child is capable of making a reasoned decision and those cases where the child has is incapable of doing so. It is wholly plausible to argue that only where the child has made a reasoned*

adoptar tal decisión. Por otra parte, el tribunal rechaza los precedentes estatales *Commonwealth v. Hoffman*(198) y *Commonwealth v. Breth*(199), ya que el primero suponía la minusvaloración de una interpretación religiosa frente a otras, y el segundo contradice indirectamente la sentencia *Wisconsin v. Yoder*. Por tanto, se sostiene una condena no en virtud de las creencias religiosas y libres de los padres, sino de la decisión aislada de no cumplir con un deber hacia su hijo. Por otra parte, destaca cómo, frente a decisiones anteriores, en esta se reconoce la causalidad criminal de la omisión paterna(200). De esta forma, la *Superior Court of Pennsylvania* pasó a ser la primera Corte de Apelación de los EUA que, hasta aquella fecha, ratificó una sentencia condenatoria bajo estas circunstancias de hecho(201).

En la decisión *Walker v. Superior Court (People)*(202), la Corte Suprema de California ratifica la condena por homicidio involuntario a Laurie Grouard Walker, miembro de la *Christian Science*, por la muerte de su hija menor Shauntay, aquejada de meningitis aguda. El principal problema que se debate en el recurso es determinar

decision is a free exercise issue necessarily involved. In such a case the child's choice could be given decisive weight. Cfr. Henri J. Abraham, *Religion, Medicine and the State*, 22 JCS 423, 434 (1980).

(198) *Commonwealth v. Hoffmann*, 29 Pa.C. 65 (Butler Co.1903). Un menor de edad falleció de escarlatina; el padre no avisó a los médicos oportunamente, sino que hizo avisar a los *elders* de la *Christian Science Church*. El juez informó al jurado demandando una veredicto basado en si el comportamiento de un prudente hombre medio hubiera sido el de adoptar sólo esos medios de curación. El objetor fue declarado culpable.

(199) *Commonwealth v. Breth*, 44 Pa.County Ct. 56 (1915). En esta decisión, también el padre rechaza, aparentemente por motivos religiosos, facilitar tratamiento médico a su hijo menor. La corte enfoca el supuesto, anteponiendo los deberes civiles del padre sobre cualquier consideración religiosa.

(200) 497 A.2d at 626.

(201) Cfr. Daniel J. Kearney, *Parental Failure to Provide Child with Medical Assistance Based on Religious Beliefs Causing Child's Death.- Involuntary Manslaughter in Pennsylvania*, 90 Dickinson L.Rev. 861, 883 (1985-1986).

(202) *Walker v. Superior Court (People)*, 253 Cal.Rptr. 1 (Cal. 1988).

si la sección 270 del Código Penal(203) del Estado supone una exención total de responsabilidad criminal en caso de facilitar al menor *treatment by spiritual means* en lugar de tratamiento médico. La Corte realiza un estudio pormenorizado de la historia legislativa que originó la excepción en la sección 270 del Código Penal, concluyendo que no es una excepción aplicable a los casos de peligro de muerte. La intención del legislativo fue evitar la intervención estatal a efectos financieros y civiles en caso de hijos de miembros de la *Christian Science* o de otras iglesias con *faith healers*. Lo curioso es que una exención con este fin se ubique en el código penal, y que se de un tratamiento tan dispar a los aspectos civiles y criminales sobre un mismo objeto. También puede destacarse de la decisión que se justifica la infracción de la libertad religiosa de la madre en virtud de un *compelling state interest*, cuyos caracteres apuntó ya la Corte Suprema de los EUA en la sentencia *Prince*(204).

La decisión *State v. McKown*(205) de la Corte de Apelaciones del estado de Minnesota, refleja también esa disparidad de tratamiento de la misma objeción, en el campo penal y en el civil. Ian Lundman, de once años de edad, hijo de Kathleen y William McKown, falleció por una diabetes no tratada médicamente. Sus padres, miembros de *Christian Science*, se limitaron a facilitar a su hijo los cuidados de un facultativo y de una enfermera de la confesión religiosa, pero no propiamente

(203) *If a parent of a minor child willfully omits, without lawful excuse, to furnish necessary clothing, food, shelter or medical attendance, or other remedial care for his or her child, he or she is guilty of misdemeanor... If a parent provides a minor with treatment by spiritual means through prayer alone in accordance with the tenets and practices of a recognized church or religious denomination, by a duly accredited physician thereof, such treatment shall constitute "other remedial care" as used in this section.*

(204) *Defendant unquestionably relied on prayer treatment as an article of genuine faith, the restriction of which would seriously impinge on the practice of her religion. We note, however, that resort to medicine does not constitute "sin" for a Christian Scientist (...) and, according to the Church's amicus curiae brief, is not a matter of church compulsion. || Regardless of the severity of the religious imposition, the governmental interest is plainly adequate to justify its restrictive effect. (...) The imposition of felony liability for failure to seek medical care for seriously ill child is thus justified by a compelling state interest. 253 Cal. Rptr. 1 (Cal. 1988).*

(205) *State v. McKown*, 461 N.W.2d (Minn. App. 1990).

cuidados médicos. Los McKown fueron absueltos de la acusación por homicidio en segundo grado. El Estado recurrió la decisión de instancia ante la Corte de Apelaciones, en la cual se debate la aplicabilidad de la exención contenida en el *child neglect statute*(206) a la norma penal aplicada(207), así como la infracción del principio constitucional de *due process of law*.

Sobre la aplicabilidad de la exención "civil" a la norma penal, la Corte entiende, después de un detallado análisis de la historia legislativa de los textos debatidos, que no cabe establecer la relación *in pari materia*(208) entre las dos leyes, por cuanto es arriesgado concluir que poseen un mismo objeto: una cosa son los actos de negligencia, genéricamente considerados, y otra el abandono de menores, algo más particular y limitado. Pero esta misma conclusión abona la de que se infringe el *due process of law* constitucionalmente exigido: el Estado debe definir claramente la conducta penalizada. Esa exigencia de *fair notice*(209) se incumple

(206) (a) *A parent, legal guardian, or caretaker who willfully deprives a child of necessary food, clothing, shelter, health care, or supervision appropriate to the child's age *** and which deprivation substantially harms the child's physical or emotional health, *** is guilty of neglect of a child ***.*

If a parent, guardian or caretaker responsible for the child's care in good faith selects and depends upon spiritual means or prayer for treatment or care of disease or remedial care of the child, this treatment shall constitute "health care" as used in clause (a). Minn. Stat. § 609.378 (1988).

(207) *A person who causes the death of another by any of the following means is guilty of manslaughter in the second degree ****

*(1) by the person's culpable negligence whereby the person creates an unreasonable risk and consciously takes chances of causing death or great bodily harm to another ***.* Minn.Stat. § 609.205(1) (1988).

(208) Vid. ATL. *We conclude, particularly in light of ambiguous legislative history, that is not "natural and reasonable" to presume the legislature believed the manslaughter statute would be influenced by enactment of the child neglect statute.* 461 N.W.2d at 723.

(209) La exigencia de *fair notice* comprendida en el abstracto y multiforme concepto de *due process of law*, viene definida por la Corte Suprema de los EUA en varias sentencias, entre las que la decisión destaca *Connally v. General Cost.Co.*, 269 U.S. 385 (1926) (a

en el sistema legal del Estado, por cuanto lo que se permite "civilmente" se prohíbe en sus últimas consecuencias "penalmente". Por otro lado, la Corte Suprema de los EUA ha establecido, *pro reo*, que la ambigüedad en el ámbito penal debe ser resuelta en favor de la lenidad(210). Por tanto, aunque la muerte de Ian sea una tragedia, la ley sobre el homicidio, tal como se ha aplicado a los padres, es inconstitucional, por cuanto queda confundido el supuesto de hecho a la luz del *child neglect statute*. No obstante, la Corte indica —para consuelo del espectador ajeno a los problemas de la *Christian Science*— que no volverán a producirse situaciones de este tipo en Minnesota, por cuanto el legislativo introdujo, un mes después de la muerte de Ian, una enmienda a la ley de maltrato de menores, conforme a la cual todo curandero o perito en "artes curativas", deberá informar inmediatamente a las autoridades sanitarias estatales sobre si por falta de cuidados estrictamente médicos podría seguirse la muerte inminente o un serio daño para un menor de edad. Las autoridades sanitarias, o a los organismos estatales de protección de menores, pueden entonces dirigirse a los tribunales, solicitando las ya conocidas autorizaciones y traslado de custodia, con el fin de facilitar al enfermo un cuidado médico adecuado(211). De este modo, en el Estado de Minnesota se opta por un principio de intervención mínima, que de alguna manera deja intacto el problema de la ambigüedad judicial al no dar una respuesta legal clara a las situaciones en las que la objeción genera conductas criminalmente sancionadas. Esta respuesta legal sería o bien su sanción —problemas de procedimiento aparte— o bien su exención, en virtud del alto grado de respeto o aceptación que causan los motivos religiosos.

A través de revistas especializadas, puede llegar a tenerse, aun sin lograrse el texto de las decisiones correspondientes, un conocimiento del tratamiento criminal de

statute which either forbids or requires the doing of an act in terms so vague that men of common intelligence must necessarily guess at its meaning and differ as to its application violates the first essential of due process of law) y *Raley v. Ohio*, 360 U.S. 423 (1959) (*the most indefensible sort of entrapment by the State —convincing a citizen for exercising a privilege which the State clearly had told him was available to him*).

(210) *United States v. Bass*, 404 U.S. at 347 (1971).

(211) Minn. Stat. § 626.556 subd. 10e(c) (Supp.1989), y Minn. Stat. ch. 260 (1988).

otros supuestos. Por ejemplo, la negativa de la Corte Suprema de EUA para entrar al caso de muerte de un menor por inactividad médica de dos facultativos de la *Christian Science* en 1977, en Michigan. La Corte inferior estimó que no era posible plantear pleito frente a los derechos de libertad religiosa de los dos facultativos(212). También resulta sorprendente el caso de los Twitchell (*Christian scientists*) cuyo hijo Robin, de un año de edad, falleció por obstrucción de esófago en 1986. A pesar de existir exención criminal en las leyes del Estado para estos casos, la juez del *Suffock County* (Boston) interpretó la ley indicando que no podía confiarse la curación exclusivamente a los medios sobrenaturales en caso de inminente peligro para la vida(213).

3.4. Los supuestos de *compulsory vaccination*.

En el caso de las vacunaciones, el rechazo por motivos religiosos, no es justificable en la medida en que el respeto a esta decisión hecha *on religious grounds* puede ser causa próxima del contagio o epidemia en la comunidad donde el objetor vive. Pero cuando ese peligro no existe —por no ser inminente ni próxima una enfermedad ni darse el caldo de cultivo de una epidemia—, ¿de qué modo prima un interés de salud o seguridad pública? En el análisis de Giannella(214), la articulación prioritaria de la salud pública sobre la exención al objetor por causas religiosas, se hace de dos modos: uno explícito: la actuación del estado como *parens patriae* en la protección de los menores. Otro, implícito, es el sentimiento público de seguridad, la sensación de protección que da a la opinión pública el hecho de una inmunización general contra la enfermedad. Este valor respalda la actuación judicial cuando no permite excepciones a la regla general por motivos religiosos, por cuanto serían "generalmente aceptadas por la sociedad" y no habría contestación social a la

(212) Cfr. 32 JCS 180 (1990).

(213) Cfr. 32 JCS 923 (1990).

(214) Cfr. Donald A. Giannella, *Religious Liberty, Nonestablishment and Doctrinal Development. Part I.- The Religious Liberty Guarantee*, 80 Harv.L.Rev. 1381, 1390-1392 (1967).

actuación compulsiva del derecho.

La cuestión de las vacunas obligatorias a la población se plantea ante la Corte Suprema de los EUA en 1905, sin que la libertad religiosa o la objeción de conciencia hubieran entrado en juego. Se trata de la decisión *Jacobson v. Massachusetts*(215), donde se plantea la constitucionalidad de una ley estatal que otorga al organismo de salud municipal autoridad para exigir la vacunación obligatoria de todos los residentes de la localidad si, en su opinión, fuera necesario para la salud y seguridad públicas. Conforme a la previsión legal, el *Cambridge board of health* adopta un programa de vacunaciones obligatorias. La Corte Suprema de los EUA sostuvo que la ley era adecuado ejercicio de las prerrogativas legislativas y que no privaba a los ciudadanos de sus garantías constitucionales de libertad personal y religiosa. El magistrado del Tribunal Supremo, J.M. Harlan, resalta en la decisión la existencia de diversas restricciones a las que las personas quedan sujetas en pro del bien común(216).

La Corte Suprema de New Jersey se enfrentó de modo indirecto con las vacunaciones obligatorias y la objeción de conciencia en el recurso a la decisión *Board of Education of Mountain Lakes v. Maas*(217). Pauline Maas (de la *Christian Science*) alega violación de sus derechos de libre ejercicio de la religión, en virtud de la prohibición estatal de efectiva asistencia a la escuela para aquellos menores que no hubieran sido vacunados. Maas tenía a su cargo —jurídicamente, bajo *temporary custody*— dos menores de nacionalidad griega, a los que se niega a vacunar por razones religiosas. Los llevó al colegio de la ciudad y, tras ser advertida de la prohibición legal, deja de llevarlos al colegio y demanda al colegio. La Corte

(215) *Jacobson v. Massachusetts*, 197 U.S. 11 (1904).

(216) *But the liberty secured by the Constitution of the United States to every person within its jurisdiction does not import an absolute right in each person to be, at all times and all circumstances, wholly free from restraint. There are manifold restraints to which every person is necessarily subject for the common good.* 197 U.S. at 404.

(217) *Board of Education of Mountain Lakes v. Maas*, 152 A.2d 394 (1959).

Suprema rechazó la demanda, indicando que no es posible la violación de sus derechos de libertad religiosa, pues la infracción, en todo caso, se produce sobre los menores griegos y sus padres, y que juegan en contra las decisiones *Prince* y *Jacobson*.

La decisión *In re Elwell*(218) manifiesta cómo algunos Estados han establecido excepciones legislativas para los objetores a las vacunaciones como requisito de admisión a la escolarización de los hijos(219). La decisión de la Corte Federal de Distrito *Avard v. Dupuis*(220) invalida parte de una de esas excepciones legislativas a la inmunización obligatoria (en concreto, la exención prevista por el estado de New Hampshire), por cuanto se establecía en la misma la total discrecionalidad de la autoridad docente para determinar si se eximía o no, por motivos religiosos, al menor solicitante(221). Mr. Avard había pedido dicha exención para su hijo John, pero no le fue concedida. También se le denegó la exención en el recurso administrativo que interpuso. La Corte Federal acierta al indicar que la ley carece de *standards* identificables por el ciudadano para saber en qué condiciones se concede la exención, y declara la inconstitucionalidad sobre tres bases: la *free exercise clause*, la *equal protection clause* y la exigencia de *due process*

(218) *In re Elwell*, 284 N.Y.S.2d 924 (1967).

(219) La objeción religiosa en el estado de Nueva York queda así positivizada: 8. *This section shall no apply to children whose parent, parents or guardian are bona fide members of a recognized religious organization whose teachings are contrary to the practices therein required, and no certificate shall be required as a prerequisite to such children being admitted or received into scholl or attending school.* Section 2164 *Public Health Law*, 1967. Otros Estados que admiten exención de la inmunización por motivos religiosos son: California, Colorado, Illinois, Kansas, Maryland, Massachusetts, Michigan, Nevada, Montana, New Hampshire, Oregon, Rhode Island y South Dakota. Cfr. Robert Bennet, *Allocation of Child Medical Care Decision-making Authority: A Suggested Interest Analysis*, 62 Va.L.Rev. 285, 295-296 (1976).

(220) *Avard v. Dupuis*, 376 F.Supp. 479 (1974).

(221) La exención legislativa preveía: II. *Any child may be exempted from the above immunization requirements if he presents evidence from his physician that immunization will be detrimental to his health. A child may be excused from immunization for religious reasons at the discretion of the local school board.* NH RSA 200:38.

of law(222).

Las exenciones legislativas a las que se viene haciendo referencia, lo son sólo para los motivos religiosos. En algunos casos, se exige incluso que la objeción se identifique con una confesión determinada. Pero lo que parece excluirse es la posibilidad de objeción por motivos filosóficos. Esto viene reflejado en la decisión *Syska v. Montgomery County Board of Education*(223). Barbara J. Syska es madre de dos menores (Mieszko y Bogumil, de 8 y 15 años respectivamente), y se le denegó la admisión de sus hijos en dos colegios del estado de Maryland, puesto que no estaban vacunados contra la rubeola. Barbara J. Syska se dirige a los tribunales estatales con el fin de que se declare la inconstitucionalidad de la ley estatal aplicada. Perteneciendo a la Iglesia Católica, Syska basa su objeción en otro tipo de razones: que la decisión de vacunar a los hijos corresponde exclusivamente a los padres, y no al estado, que se pueden seguir serios efectos para la salud si se vacuna a los niños, etc., poniendo al mismo nivel sus motivos a las que esgrimiría un objetor religioso. Para Syska, la ley violenta la Primera Enmienda de la constitución federal, al

(222) *Although the restriction is on the right to act, as opposed to the right to believe, and, therefore,*

subject to regulation for the protection of society [,] [t]he freedom to act must have appropriate definition to preserve the enforcement of that protection. In every case the power to regulate must be so exercised as not, in attaining a permissible end, unduly to infringe the protected freedom. Cantwell, supra, 310 U.S. at 303-304.

(...) Moreover, in addition to the due process issue of vagueness endangered by standardless statutes such as NH RSA 200:38(II), the possibility of equal protection problems lurks in the background. Standardless statutes may result in different applications to similarly situated persons, not to mention the possibility that unarticulated underlying reasons may in themselves be constitutionally impermissible. Ibid. at 482. (...) Since the state elected to provide a religious exemption from vaccination, the plaintiff has

a constitutionally protected right to procedural due process in the state ... procedures thereby a determination of whether to issue such a[n] [exemption] will be made. Raper v. Lucey, 488 F.2d 748, 551 (1st Cir. 1973). Ibid. at 483.

(223) *Syska v. Montgomery County Board of Education*, Md. App. 415 A.2d 301 (1980).

privilegiar a los objetores religiosos de confesiones identificables.

La Corte rechaza las alegaciones de Barbara Syska, declarando que resultan insostenibles: las objeciones de Syska se basan en la evaluación subjetiva y en el rechazo del programa de salud pública. Sus creencias respecto a las vacunaciones se fundamentan en consideraciones "seculares" y son más filosóficas que religiosas: este tipo de creencias no reclaman la protección de las cláusulas religiosas de la Primera Enmienda. Como la Corte Suprema de los EUA señaló en la decisión *Wisconsin v. Yoder*, para obtener la protección de las cláusulas religiosas es preciso que las reclamaciones estén enraizadas en una creencia religiosa. El verdadero concepto de libertad ordenada —afirma la Corte— cierra el paso a que cada persona realice sus propias valoraciones de comportamiento en las que la sociedad tienen intereses relevantes(224). Esto supone la delimitación de las excepciones legislativas a la objeción religiosa.

La sentencia de la Corte Suprema de Mississippi *Brown v. Stone*(225) sitúa la objeción a las vacunaciones en el puro enfrentamiento entre la ley estatal y la libertad religiosa. Charles H. Brown apela la decisión de la *Chancery Court* del condado de Chickasaw, que le deniega el derecho de admisión escolar para su hijo Chad Allan, si no cumple con las exigencias legales en materia de vacunaciones obligatorias. La regulación legal en el estado de Mississippi contempla la posibilidad de eximir a los menores de vacunaciones obligatorias, siempre y cuando la exención venga previamente avalada por un certificado del ministro de una confesión religiosa, en el que se indique la adscripción de los padres y que es enseñanza moral de esa confesión que los medios curativos de las enfermedades son la confianza en la oración

(224) *We find appellant's argument untenable. As already noted, appellant's objections to the immunization program in this State are based on her own subjective evaluation of and rejection of the benefits to the public safety and to her children derived therefrom. Her beliefs are based on purely secular considerations; there are philosophical and personal rather than religious. Such beliefs do not rise to the demands of the Religion Clauses. Ibid. at 304.*

(225) *Brown v. Stone*, Miss. 378 So.2d 218 (1980).

o en los medios espirituales(226). Los Brown pertenecen a la *Church of Christ*, y un ministro de dicha confesión extendió en su día un certificado en el que indicaba que la confesión no tiene por prohibición moral oficial el empleo de medicamentos y vacunas, pero que el solicitante —Charles H. Brown— mantiene una postura de rechazo hacia el uso de cualquier clase de medicamentos. Por tanto, la situación de los Brown no se encuentra dentro de las exenciones permitidas por la ley. Brown apoyará su apelación en la decisión *Maier v. Besser* de la Corte Suprema del condado de Onondaga (Estado de Nueva York)(227).

La Corte establece el problema de un modo diverso (posiblemente a raíz del *brief* presentado por los apelados, Joe A. Stone y la *Houston Municipal Separate School District*): si se concede exención por motivos religiosos sólo a los miembros de ciertas confesiones reconocidas y, como pide el apelante, a individuos cuyas creencias personales o particulares no les permiten la inmunización de sus hijos, el propósito primordial y predominante de la ley (protección de la comunidad escolar de las enfermedades contagiosas) pierde su efectividad. En la medida en que se exime a unos sujetos, se está dejando una "brecha social", un portillo que anula los propósitos de evitar enfermedades contagiosas. Por tanto, el cumplimiento del fin de la ley no permite excepciones, so pena de hacer ilusorio su objetivo. Sin embargo, la Corte apoya su decisión final (declarar constitucional la ley e invalidar la exención

(226) *A certificate of religious exemption may be offered on behalf of a child by an officer of a church of a recognized denomination. This certificate shall certify that parents or guardians are bona fide members of a recognized denomination whose religious teachings require reliance on prayer or spiritual means of healing.* Mississippi Code Annotated section 41-23-37 (1972 Supp.).

(227) *Maier v. Besser*, 341 N.Y.S.2d 411 (1972). Se trata de una demanda contra la ley estatal de salud pública (*New York Public Health*, § 2164(8)), en la que se establece que no se exigirá certificado de exención para la admisión escolar de hijos de miembros de confesión religiosa públicamente conocida, cuyas enseñanzas sean contrarias a la vacunación. Los padres alegaron que, aunque no pertenecieran a la *Christian Science*, puesto que sus creencias religiosas eran similares en este punto, debía admitirse la exención. La Corte falló en favor de los solicitantes, al estimar que no había un interés público legítimo que exigiera que una persona fuera miembro de una confesión religiosa identificable para otorgar la exención religiosa solicitada.

por motivos religiosos) sobre unos argumentos más jurídicos que fácticos. La ley en sus términos generales debe prevalecer, dado su *overriding and compelling public purpose*, de algún modo ya confirmado en las decisiones *Prince* y *Cude v. State*(228). Pero además, la exención religiosa en ella contenida debe estimarse inconstitucional, pues discrimina —a tenor de la *equal protection clause* de la Decimocuarta Enmienda de la Constitución de los EUA— a los objetores religiosos frente a la gran mayoría de niños cuyos padres no tienen escrúpulo religioso hacia la vacunación. Estos menores quedan expuestos a la permanente amenaza de la enfermedad, ya que una parte de sus compañeros no están inmunizados(229).

El problema de las vacunaciones no puede considerarse un capítulo cerrado, o con unas soluciones legales uniformes que satisfagan las demandas del problema. De una parte, porque hay objetores religiosos que no se adscriben a confesiones concretas en cuanto al estricto problema de la inmunización, y las leyes estatales —en no pocas ocasiones— no contempla estos supuestos. De otra, porque si las leyes de exención se contemplan desde la Decimocuarta Enmienda, en combinación con el *compelling state interest* bajo su especie de salud pública, las exenciones legales

(228) *Cude v. State*, 377 S.W.2d 816 (1964). Los padres de tres menores se niegan a permitir la vacunación de sus hijos, tal como se exige en el *statute of school attendance*, alegando que infringe sus creencias religiosas. De la persistente violación de la ley, resultó la condena del padre (posiblemente por falta penal). Habiendo pagado la fianza, continuó en su actitud de rechazo. Los menores fueron puestos bajo la custodia legal de un organismo oficial tutelar, y la cuestión fue llevada finalmente ante la Corte Suprema de Arkansas en apelación. La Corte falla en contra del objetor: *According to the great weight of authority, it is within the police power of the state to require that school children be vaccinated against smallpox, and that such requirement does not violate the constitutional rights of anyone, on religious grounds or otherwise. In fact, this principle is so firmly settled that no extensive discussion is required.* Miss., 378 So.2d at 222.

(229) *The exception, wich would provide for the exemption of children of parents whose religioyus beliefs conflict with the immunization requirements, would discriminate against the great majority of children whose parents have no such religious convictions. To give it effect would result in a violation of the Fourteenth Amendment of the United States Constitution (...) at the same time expose them to the hazard of associating in school with children exempted under the religious exemption who had not been immunized as required by the statute.* Ibid. at 223.

difícilmente superan el examen de constitucionalidad. Por último, porque la realidad nos sigue ofreciendo ejemplos extremos de objeción religiosa a la vacunación: en febrero de 1991, se registraron en Filadelfia seis muertes de niños, cuatro de los cuales asistían a una escuela dirigida por una confesión que no permite la vacunación (la *Faith Tabernacle Church*)(230).

3.5. Otros problemas colaterales. Excepciones legislativas. Autopsias.

Las *school attendance laws* de los Estados prevén, junto con determinadas vacunaciones obligatorias, la realización de chequeos médicos regulares a los menores de edad escolarizados(231). El contenido de estos exámenes médicos obligatorios es muy variable, dependiendo de los Estados; el más detallado parece ser el que se realiza en el Estado de Massachusetts. La mitad de los Estados de la Unión tiene normas específicas para las objeciones paternas a estos chequeos. Mientras algunos permiten la objeción sobre cualquier motivo, otros sólo permiten objeciones a determinados chequeos por causas solamente religiosas(232). En California, se exige normativamente que se informe a los padres, al comienzo del curso escolar, del derecho que les asiste a objetar —por motivos religiosos— a los chequeos médicos de sus hijos(233).

Muchos estados exigen también chequeos para los recién nacidos. La exigencia normativa más común en este ámbito es la administración de colirios dentro de las dos horas de alumbramiento para prevenir la *ophthalmia neonatorum*. Algunos Estados admiten la objeción de los padres, sobre cualquier motivo (Kansas, Oklahoma, Minnesota y South Dakota), y muy pocos sobre motivos religiosos (Colorado, Iowa

(230) Cfr. 33 JCS 404-405 (1991).

(231) Cfr. Robert Bennet, *Allocation of Child Medical Care Decision-making Authority: A Suggested Interest Analysis*, 62 Va.L.Rev. 285, 296 y ss.

(232) Entre ellos, Connecticut, Hawaii, Illinois, Indiana, Massachusetts, Michigan, New Jersey, New York y New Hampshire.

(233) Cal. Educ. Code, § 10921 (West 1975).

y Nevada, entre ellos).

Otro ejemplo de intervención pública en materia médica de interés general es la fluoración de aguas con el fin de retardar los problemas de caries o destrucción de piezas dentales en los niños de edades comprendidas entre los seis y catorce años. Aunque solamente dos Estados exigen legalmente la fluoración de aguas públicas (Ohio y Connecticut), otros evalúan su necesidad (así, en California se establece la fluoración de aguas en el distrito abastecedor) si tal medida es aprobada por los residentes en ese distrito. En Estados donde la legislación guarda silencio sobre el particular, la decisión de fluorar las aguas ha sido adoptada directamente por los organismos y corporaciones locales(234). La mayoría de las Cortes estatales que han evaluado la cuestión de la fluoración de aguas frente a la objeción religiosa, han sostenido la legitimidad del poder público para actuar en este sentido(235). Los tribunales no han estimado digno de consideración a la hora de fallar en contra el argumento de que la adición de flúor en niveles no tóxicos al agua de suministro público es inconstitucional por infringir el interés de los menores al tratarse de una medida compulsiva(236). También han rechazado la alegación de que la intervención pública es sólo legítima cuando estamos en presencia de enfermedades contagiosas(237). La jurisprudencia, por otro lado, ha fundamentado sus decisiones favorables a la fluoración en varias razones: desde, generalmente, la salud como motivo suficiente(238) hasta la consideración de la protección de esta misma en los menores sin recursos económicos que no pueden lograr por otros

(234) Cfr. *City Comm'n v. State ex rel Altenhoff*, 143 So.2d 879 (Fla. App. 1962).

(235) *Chapman v. Shreveport*, 74 So.2d 142, *appeal dismissed*, 348 U.S. 892 (1954); *Paduano v. New York*, 257 N.Y.S.2d 531 (Sup.Ct. 1965), *cert. denied*, 385 U.S. 1026 (1967); *Kraus v. Cleveland*, N.E.2d 311 (Ohio App. 1954), *appeal dismissed*, 351 U.S. 935 (1956).

(236) *Illinois Pure Water Comm. v. Yoder*, 286 N.E.2d 155 (1972).

(237) *Rogowski v. Detroit*, 132 N.W.2d 16 (1965); *Kaul v. Chehalis*, 277 P.2d 352 (1954).

(238) *Graybeal v. McNevin*, S.W.2d 323 (Ky. 1969).

medios un tratamiento dental preventivo(239), pasando por la falta de fiabilidad y el peligro que supone la individual aplicación de fluor al agua de consumo(240).

Siendo de difícil clasificación el supuesto que a continuación se expone, bien puede cerrar esta miscelánea final la reciente cuestión de la objeción de conciencia a las autopsias, frente a la normativa que compele a la misma cuando la muerte se ha producido en unas circunstancias violentas o no determinadas médicamente.

Ilustra el caso el advenimiento a los EUA de individuos de confesiones religiosas orientales, cuya posición frente a la Primera Enmienda es, en teoría, la adecuada para estimar la protección de estas minorías religiosas.

Neng, hijo de You Vang y de Kue Yang, miembros de la comunidad Hmong, emigrados a los EUA desde Laos, sufre en la noche del 21 de diciembre de 1987 un repentino ataque (de origen y naturaleza indeterminados) que le deja inconsciente. Una ambulancia le conduce al *Rhode Island Hospital* donde, a pesar de los esfuerzos de los médicos, muere tras tres días de persistente inconsciencia. El Hospital pone en conocimiento del los forenses del Estado de Rhode Island los hechos, y el doctor Edward J. Murray, acepta la jurisdicción para practicar la autopsia en el cadáver, sin permiso ni conocimiento de los padres de Neng Yang. Los Yang demandan al Jefe Médico Forense del estado de Rhode Island por violación de sus derechos de libertad religiosa, al practicarse una autopsia sin el consentimiento de los padres y contra sus creencias. Los Hmong entienden que la mutilación o alteración física del cuerpo humano, incluidas las autopsias y extracción de órganos, afecta a la libertad del espíritu del fallecido, que volverá para tomar a otro miembro de la familia.

La actitud jurisprudencial en este supuesto tuvo dos fases distintas: antes y después de la decisión de la Corte Suprema de los EUA *Smith II*.

(239) *Champman v. Shreveport*, 74 So.2d 142, *appeal dismissed*, 348 U.S. 892 (1954).

(240) *Dowell v. Tulsa*, 273 P.2d 859 (Okla. 1954), *cert. denied*, 348 U.S. 912 (1955).

En la primera fase(241), es claro para el tribunal que se produce una violación injustificada de la libertad religiosa de los padres de Neng. A pesar de los argumentos del demandado, sobre bases jurídicas(242) y fácticas de gran valor, se afirma una infracción de la *Free Exercise Clause* de magnitud incluso mayor que la que se presentó a la Corte Suprema de los EUA en la decisión *Sherbert*(243). A tenor de este precedente, las razones que llevaron al organismo público dirigido por el doctor Sturner a realizar la autopsia no son lo suficientemente importantes como para primar sobre la libertad religiosa. La autopsia no es, a juicio de la Corte, el medio menos restrictivo de la libertad religiosa (estimándose además que en este caso de objeción, el examen forense debe limitarse a un reconocimiento *post mortem* sin disección o intrusión física en el cadáver)(244).

(241) Decisión *You Vang Yang v. Sturner*, 728 F.Supp. 845 (D.R.I. 1990).

(242) Sturner entiende que la autopsia era absolutamente necesario para determinar, conforme a la ley (R.I. Gen. Laws § 23-4-7, 5, 4, año 1989), la causa de la muerte, ya que en los últimos años se habían producido muertes similares entre la *Hmong people*. La Corte estima también que Sturner no goza de la inmunidad cualificada de los agentes o funcionarios del gobierno federal en la realización de sus funciones legítimamente discrecionales. Por otra parte, a la alegación de que es imposible otorgar fallo favorable a los Yang, ya que carecen de *legal remedies* para su caso, la Corte Federal de Distrito responde que puede aplicarse la doctrina de la Corte Suprema en la decisión *Bivens v. Six Unknown Named Agents of the FBI*, 403 U.S. 388 (1971), conforme a la cual los demandantes tendrían derecho a indemnización económica.

(243) *The autopsy clearly violated their beliefs to an extent greater than did the state action in either Sherbert or Yoder. Sherbert involved the unconstitutional denial by the state of unemployment benefits because the plaintiff would not accept suitable work that required her to work on Saturdays, (...) In Yoder, the state required students to stay in school past the eighth grade. Amish parents, believing that their childrens' attendance in high school would violate their religious beliefs, refused to follow the compulsory attendance law. (...) In both cases, the plaintiffs has a choice to accede to the demands of the state, and abandon one of the precepts of their religion, or maintain their religion and forfeit state-provided benefits or face prosecution. Here, on the other hand, the Yangs has no choice.* 728 F.Supp. at 855.

(244) *Even if the regulations were valid, however, they not state a "compelling state interest" in performing autopsies sufficient to overcome the Yangs' religious beliefs. Dr. Sturner presents no evidence or argument on how unexplainable deaths harm the health, welfare or safety of Rhode Island citizens (...) the statute regulating the performance of*

La segunda fase de la decisión(245) supone la revisión de la primera sentencia, que la Corte Federal de Distrito anula, a la luz de las recientes orientaciones de la decisión de la Corte Suprema *Smith II*, no sin manifestar su desacuerdo con el nuevo criterio de revisión de las *free exercise exemptions*(246). La inoperatividad del *Sherbert test* en el supuesto supone para los Yang la supresión de la indemnización y el desconocimiento de la infracción sufrida en su libertad de religión.

Igualmente, la sentencia *Smith II* condicionó el fallo negativo en *Montgomery v. County of Clinton, Mich.*(247), en la que la que Joan Montgomery, de religión judía, objetó contra la autopsia realizada en el cuerpo de su hijo Sannie. El carácter neutral de la legislación sobre autopsias desvanece todo posible derecho a indemnización o declaración de derechos basados en la libertad religiosa(248).

autopsies is not the least restrictive alternative available to the state to meet their expressed interest. This Court finds it significant that other states have adopted less burdensome statutes, discussed supra that explicitly protect religious beliefs prohibiting autopsies. See Cal. Gov't Code 27491.43 (West 1989); N.J. Stat. Ann. 52:17B-88.2 (1989); N.Y. Pub. Health Law 4210-c (McKinney 1988); Ohio Rev. Code Ann. 313.13.1 (Anderson 1989). That the statutes establish complicated procedures does not weaken this Court's conclusion that any statute recognizes a first amendment prohibition is less burdensome than no statute. Moreover, the medical examiners' office has at its disposal less intrusive methods, such as "postmortem examinations", that would allow it to investigate deaths without performing objectionable autopsies. Ibid. at 857.

(245) *Yang v. Sturner*, 750 F.Supp. 558 (D.R.I. 1990).

(246) *In Employment Division, the Supreme Court declined to apply the traditional balancing test used in First Amendment cases (...) In sum, the Employment Division opinion stands for the proposition that "general applicable, religion-neutral laws that have the effect of burdening a particular religious practice need not be justified by a compelling governmental interest..." (...) While I feel constrained to apply the majority's opinion to the instant case, I cannot do this without expressing my profound regret and my own agreement with Justice Blackmun's forceful dissent. Ibid. at 559.*

(247) *Montgomery v. County of Clinton, Mich.*, 743 F.Supp. 1253 (W.D.Mich. 1990).

(248) *There is no contention that the laws under which the autopsy was authorized are other than generally applicable and religion-neutral. (...) The religion of the decedent and of his next of kin played no role in the decisions and actions of the defendants. It follows*

4. Conclusiones.

Aunque en otros capítulos de la memoria se elude la elaboración de unas conclusiones particulares acerca de las objeciones analizadas —para reservar su comentario global a un momento posterior— sin embargo aquí parece no sólo interesante, sino necesario. El amplio espectro de objeciones estudiadas aconseja resumir lo hasta aquí visto.

Dificulta la elaboración de una línea uniforme de conclusiones el hecho de que la objeción de conciencia a tratamientos médicos se vea regulada por normas y precedentes de carácter estatal, entre los que existen diferencias de consideración, según el Estado de que se trate, a pesar de que los jueces estatales, en ausencia de precedentes en la cuestión, acudan a la jurisprudencia de Estados hermanos. Apenas tres sentencias de carácter federal, las doctrinas de la *informed consent* y la *substituted judgement*, la Primera Enmienda constitucional y los criterios jurisprudenciales emanados de la Corte Suprema de los EUA constituyen el complejo denominador común, el sustrato básico legal para decisiones uniformes en la materia.

No deja de sorprender una vez más cómo en el sistema legal angloamericano determinadas instituciones o fórmulas de la *common law* se elastizan y se adaptan a situaciones cuya existencia ni podía sospecharse al nacer aquellos institutos. Así, el funcionamiento de la *informed consent doctrine* en materia de objeción de conciencia a tratamientos médicos en mayores de edad capaces. Sin embargo, las consecuencias últimas de la *informed consent doctrine* que se aplican al caso de objeción (rechazo de tratamiento médico salvífico por adulto capaz) chocan plenamente con una de las excepciones tradicionales a la doctrina: la preservación de la vida humana. Sólo en caso de verdadera prolongación artificial de la vida, sin posibilidad de mejorar la calidad de vida de un enfermo verdaderamente terminal, habiendo manifestado este su completa oposición previa al tratamiento en esas circunstancias, cabe estimar válida

then, by implication of Employment Division, that defendant' actions need only have been reasonably related to a legitimate governmental objective. Ibid. at 1259.

la *informed consent doctrine*. Esta es de gran utilidad para evitar situaciones de abuso, del llamado "coballismo humano", de práctica indefensión del paciente ante la actividad médica. Pero para los supuestos de objeción de conciencia religiosa a los tratamientos médicos, resultaría tal vez más adecuada la doctrina común del *compelling state interest* frente a la libertad religiosa del paciente, caracterizándose ese interés prevalente del Estado en aquellas excepciones a la *informed consent doctrine* (preservación de la vida humana, prevención del suicidio, protección de terceros y preservación de la integridad de la profesión médica), excepciones que tienen un valor mayor en la práctica que el que inicialmente aparecía en la letra de su enunciado como exclusión de la regla general.

El interés del Estado como *parens patriae*, ¿debe primar siempre en materia de tratamientos médicos a menores? La jurisprudencia es unánime al afirmar su primacía cuando del tratamiento médico se sigue evitar la muerte del menor. Pero cuando de lo que se trata es de mejorar la calidad de vida, se muestran los jueces dubitativos. En estas situaciones, realmente hay que estar al supuesto, al tipo de tratamiento aconsejado médicamente, al peso de la objeción ejercitada por los padres y, en la medida de lo posible, a la opinión del menor. Apenas si puede darse una línea segura y uniforme para estos casos, si bien cuando de la omisión del tratamiento médico se sigan en el futuro daños irreparables en la integridad física o psíquica del menor, el Estado puede legítimamente imponer el tratamiento.

En materia penal, la omisión del tratamiento médico al menor por parte de los padres tampoco ofrece en la jurisprudencia una línea realmente uniforme. Las legislaciones estatales más avanzadas han pretendido seguir una línea preventiva respecto de las conductas omisivas tipificadas penalmente. Sin duda es una solución acertada, pero cuando la prevención falla y la muerte del menor se produce, ¿cómo debe actuar el Estado? ¿Es convincente afirmar la plena aplicación de la norma penal, toda vez que se absuelve al objetor por los cauces procedimentales, por la falta de nexo causal criminal, etc? Como he tenido ocasión de señalar, la norma penal en caso de ser aplicada pierde efectividad en cuanto a sus fines, por cuanto el carácter preventivo se diluye ya que, al menos en teoría, los objetores prefieren seguir los

dictados de su conciencia, incluso a pesar de la amenaza penal.

Y, en general, resaltar una vez más cómo la salud pública constituye un valor prevalente ante las objeciones de conciencia a tratamientos médicos, si se tiene en cuenta que esas objeciones en muchos casos trascienden el imperativo axiológico individual, afectando de lleno a la comunidad; por ejemplo, en la prevención de enfermedades mediante las vacunaciones.

VII. OBJECION DE CONCIENCIA AL ABORTO

1. Introducción.

Consciente de que estamos ante un problema donde se entrecruzan la política, la actuación del Tribunal Constitucional como elemento de *judicial activism* y el objeto propio de esta tesis doctoral, enmarcaremos la objeción de conciencia al aborto en la legislación actual, para luego analizar las defensas legales de la objeción por parte del personal hospitalario y clínico del los EUA.

La ampliación de los supuestos de despenalización del aborto trae como consecuencia un movimiento político dirigido a devolver la legislación a su estado previo a 1973, que tiene dos frentes fundamentales: la acción legislativa a nivel estatal y federal, y la acción directa de los grupos *pro-life* (informados por creencias religiosas en mayor medida que en el continente europeo), por otro. La acción directa de estos grupos ha sido protagonista de varias sentencias donde se debate la adjudicación de un derecho de libre expresión y libertad religiosa. De otra parte, la despenalización del aborto lleva al establecimiento de protecciones legislativas a nivel federal y estatal para el amparo legal del personal sanitario que objeta a la realización de operaciones de aborto. El interés respecto a esta última consecuencia estriba en la

de operaciones de aborto. El interés respecto a esta última consecuencia estriba en la extensión de la normativa protectora no sólo a la participación directa, sino también a otras tareas de menor conexión material.

2. Estado de la legislación en EUA.

2.1. La perspectiva constitucional del Tribunal Supremo liberaliza el aborto: *Roe v. Wade*(1).

La progresiva liberalización de las leyes del aborto en los Estados Unidos comienza en torno a 1960. Siendo una cuestión que primariamente nos remite a la legislación penal (por tanto, de cuasistricta competencia estatal) deviene como veremos en un problema de congruencia con la constitución federal. Hasta 1960 la mayoría de las legislaciones permitían el aborto sólo en el caso de peligro para la vida de la madre. En 1967 California, Colorado y Carolina del Norte despenalizan el aborto para los supuestos de incesto, violación y previsible deformación fetal. En 1970 Nueva York amplía el aborto legal a simple petición dentro de las veinticuatro semanas.

La sentencia *Roe v. Wade*(2) fue la decisión más controvertida de aquellas que han tenido como objeto el denominado derecho a la intimidad. Sostuvo como *law of the land* que las leyes estatales que penalizaban criminalmente el aborto infringen indebidamente en el derecho de *privacy* o intimidad de la mujer, conforme a la *Due*

(1) Sobre el contenido y alcance de la decisión *Roe v. Wade*, vid. Rafael Navarro-Valls, "La objeción de conciencia al aborto: derecho comparado y derecho español", Anuario de Derecho Eclesiástico, 1986, pág. 269 y ss.; VV.AA. *The Constitutional Law Dictionary*, ABC-CLIO, California, 1985, vol I, pág. 371 y ss.

(2) *Roe v. Wade*, 410 S.Ct. 113 (1973). En este caso, la Corte Suprema federal estableció una excepción importante al derecho general en materia de *moot questions*: la decisión de un caso en este tema no llegaría nunca a superar la primera instancia porque, aunque la justicia en EUA sea rápida, el embarazo o gestación limita *de facto* la controversia a sólo 8 meses. Indicando que las leyes no deben ser tan rígidas, la Corte reconoció la necesidad de una excepción si el supuesto es susceptible de repetirse. Vid. VI, 2.2.

Process Clause de la Decimocuarta Enmienda y a otras normas constitucionales. El supuesto, en resumen, fue el siguiente: la normativa penal del estado de Texas establece como delito todo aborto, y sólo excepciona el supuesto de peligro para la vida de la madre. El recurso ante la Corte Suprema proviene de una gestante núbil (Jean Roe) que entiende que la ley carece de legitimidad constitucional. El ponente de la decisión, J. Blackmun, ofrece al inicio de la decisión un repaso histórico de las leyes criminales contra el aborto, del que deduce tres propósitos o finalidades de aquellas leyes: disuasión de las relaciones sexuales ilícitas, protección de la mujer gestante contra procedimientos abortivos peligrosos o inseguros y protección de la vida prenatal. Ante estas tres finalidades, Blackmun estima que en la actualidad (año 1973) sólo la última puede considerarse interés suficientemente preponderante para el Estado. Sin embargo, Blackmun estima que es un interés muy limitado, por cuanto la literalidad y significación de la Decimocuarta Enmienda se debe aplicar "sólo a la 'postnatal'". El término persona, como se usa en dicha enmienda, no incluye al no nacido. Por contra, la protección constitucional de la intimidad es amplia, abarcando la decisión de la mujer de poner fin o no a su embarazo. Podría parecer que esta decisión de la mujer quedaría absolutamente aislada de regulación, pero no es así: llega un momento en todo embarazo en el que el interés del poder público deviene suficientemente *compelling* para permitir la intromisión del Estado con su regulación sobre los factores que determinan la decisión de abortar. Por ello, J. Blackmun establece un sistema de plazos para esos intereses, basado en los tres trimestres de embarazo. Durante el primer trimestre, el Estado carece de interés que le permita intervenir; a lo largo del segundo trimestre el Estado puede regular las condiciones en las que puede abortarse; la mujer embarazada, consultando con su médico, es todavía libre de determinar el aborto, sin regulación por parte del estado de supuestos. El interés estatal de protección de la "vida potencial" comienza en el tercer trimestre, cuando el feto se hace "viable" o es capaz de vivir fuera del seno materno. La forma de aproximación a la cuestión establecida por J. Blackmun permite puentear la espinosa cuestión del comienzo de la vida humana; puesto que médicos, filósofos y teólogos no llegan a un acuerdo sobre el particular, el poder judicial no se encuentra en la posición más adecuada para establecer una respuesta fija.

Los magistrados White y Rehnquist disienten con fuerza, acusando a la mayoría de siete miembros del tribunal de ejercicio excesivo del poder judicial (extremando el *judicial activism*).

2.2. El fundamento constitucional de la permisión judicial: el *right to privacy*.

Ocho años antes de decidirse el caso *Roe*, la Corte Suprema de los EUA había establecido ya el fundamento teórico para la despenalización del aborto en la sentencia *Griswold v. Connecticut*(3), que invalidó las leyes de Connecticut en materia de control de natalidad. Dichas normas establecían la persecución criminal del uso de contraceptivos y su difusión. Griswold había sido detenido y condenado en virtud de la ley. La Corte, por 7 votos contra 2, anula la ley estatal, aunque no hay un consenso absoluto entre los magistrados que votan con la mayoría sobre el origen y fundamento constitucional del derecho a la intimidad. La *opinion of the Court* corrió a cargo del magistrado Douglas, quien, tras rechazar una posible acusación de poder "super-legislativo" contra el tribunal, estima que la ley estatal de Connecticut se inmiscuye en las relaciones íntimas entre marido y esposa, y en las relaciones de estos con el médico. La Corte entiende que debe intervenir, pues varias garantías constitucionales crean una zona de intimidad o *privacy*; dichas zonas están formadas por las emanaciones de los "mantos de protección" o de específicas garantías del *Bill of Rights*. Douglas explica la compleja metáfora jurídica con una comparación entonces indiscutible: en el caso de la libertad de asociación, la decisión *NAACP v. Alabama*(4) protegió la intimidad o *privacy of association* como derecho "periférico" de la Primera Enmienda. La protección de la libertad de asociación, por

(3) *Griswold v. Connecticut*, 381 U.S. 479 (1965).

(4) *NAACP v. Alabama*, 357 U.S. 449 (1958): el poder ejecutivo estatal pretendió que se le entregara la lista de miembros de la *National Association for the Advanced of Colored People* como medio de inhibir las actividades y la operatividad de esa asociación anti-racista. La Corte Suprema de los Estados Unidos anuló el *contempt of court* que pesaba sobre la NAACP y desarrolla las bases del derecho de asociación en nuestro siglo. Cfr. VV.AA. *The Constitutional Law Dictionary*, ABC-CLIO, California, 1985, vol. I, pág. 147-148.

tanto, procedió de una sombra proyectada por la Primera Enmienda bajo la cual la intimidad es defendida de la intromisión estatal.

Los magistrados Black y Stewart disintieron. Black estima que la ausencia de una norma constitucional específica que avale el resultado de la decisión, acusando a la Corte de ejercer una revisión constitucional arbitraria e irrazonable. La *privacy* —dice Black— es un concepto abstracto, amplio y ambiguo que se verá expandido o empequeñecido en decisiones posteriores. Como luego veremos, ambas cosas ocurrieron.

La cuestión abierta después de la decisión *Griswold* era el alcance, límites y criterios de aplicación de este *right of privacy* al que se había investido de protección constitucional. Inicialmente, la Corte se dedica a buscar su aplicación al campo de la regulación de la natalidad (*Eisenstadt v. Baird*(5), *Carey v. Population Services International*(6)).

2.3. Legislativo vs. Judicial: el desarrollo de la doctrina de la decisión *Roe*.

2.3.1. Financiación oficial del aborto.

Fijaremos principalmente el análisis en la decisión de la Corte Suprema *Harris v. McRae*(7). Dicha sentencia sostuvo la constitucionalidad de la *Hyde Amendment*(8) conforme a la cual las subvenciones federales no pueden ser

(5) *Eisenstadt v. Baird*, 415 U.S. 438 (1972) anulando una norma del estado de Massachusetts que limita la distribución de contraceptivos a personas casadas.

(6) *Carey v. Population Services International*, 431 U.S. 678 (1977), anulando la ley de Nueva York que prohibía la venta de contraceptivos a menores.

(7) *Harris v. McRae*, 448 U.S. 297 (1980).

(8) Sobre el senador Hyde, su pensamiento acerca de las relaciones entre el Estado y la Religión, y sobre la enmienda que lleva su nombre, vid. Robert A. Destro, *Religion: Establishment, Free Exercise, and Abortion*, New Perspectives on Human Abortion, University Publications of America, 1981, pág. 239 y ss.

empleadas para cubrir los costes de intervenciones médicas abortivas, salvo aquellos casos en los que la vida de la madre está en peligro, o por embarazo consecuencia de incesto o violación (el incesto o la violación deben ser probados ante los organismos oficiales. La Corte Suprema sostuvo la validez de la *Hyde Amendment* contra las acusaciones de infracción de la *Equal Protection* y la *Due Process*, en una controvertida decisión de 5 votos contra 4. La Corte estima que el derecho a abortar, establecido en *Roe*, no comprende el acceso a la financiación federal. La limitación en esta financiación no es restricción del derecho de aborto, y mientras que a una mujer indigente puede hacersele más difícil su ejercicio, tal vez imposible incluso, sin embargo la ley no crea ni afecta directamente a esta indigencia. La *Hyde Amendment* simplemente refleja una elección: se prefiere favorecer la natalidad sobre el aborto. No se pone obstáculo alguno a la mujer en su decisión. Mediante una desigual financiación se promociona una actividad alternativa. La Enmienda deja a la mujer indigente en la misma situación en cuanto a su decisión que si el Congreso hubiera escogido no financiar los costes de salud pública de ningún tipo. La Enmienda, termina diciendo el Tribunal, se relaciona de forma legítima con un objetivo gubernamental: crear incentivos que hagan de la natalidad una alternativa más atractiva. El aborto se sustrae restrictivamente de otros tratamientos médicos en la medida en que es diferente: esos últimos no tiene como finalidad terminar con la vida potencial.

Brennan, Marshall, Blackmun y Stevens disienten de la decisión mayoritaria, indicando precisamente que se pretende imponer la opinión moral de la mayoría. Debemos entender que el Tribunal independiza el supuesto de un problema de discriminación, toda vez que se da por buena la actitud pasiva del legislativo hacia un derecho⁽⁹⁾ y se interpreta esta acción más como una "opción política" que como una "preferencia oficial con trasfondo religioso"⁽¹⁰⁾.

(9) Cfr. Rafael Navarro-Valls, "La objeción de conciencia al aborto: derecho comparado y derecho español", Anuario de Derecho Eclesiástico, 1986, pág. 280.

(10) *That the Judeo-Christian religions oppose stealing does not mean that the State or the Federal Government may not, consistent with the Establishment Clause, enact laws prohibiting larceny. The Hyde Amendment, as the District Court noted, is as much a*

Realmente en este punto se hacen realidad los temores del magistrado Black en *Griswold*: a esta decisión-corolario del tema de la financiación, habían precedido otras tres en 1977 y una en 1979 que restringían la promoción oficial del aborto(11).

2.3.2. Regulación estatal restrictiva del aborto.

En este punto, la fricción de sentimientos encontrados, teniendo como telón de fondo problemas pendulares como "federalismo"- "estatalismo", *judicial activism-judicial restraint*, arroja un balance de enfrentamientos velados entre la Corte y las cámaras legislativas estatales.

La decisión *City of Akron v. Akron Center for Reproductive Health, Inc.*(12) anula algunas restricciones legales municipales para el ejercicio del aborto, al reafirmar la posición jurisprudencial de que la constitución garantiza el aborto libre sin restricciones gubernamentales en el primer y segundo trimestres. Las restricciones traídas a examen se centraban en cinco elementos: 1/ todos los abortos realizados después del primer trimestre deben practicarse en un hospital; 2/ las menores de 15 años solteras deben solicitar el permiso paterno o una orden judicial para acceder a la práctica del aborto; 3/ el médico debe informar a la paciente sobre la viabilidad del feto, su condición de vida humana y de los problemas físicos y

reflection of "traditionalist" values towards abortion, as it is embodiment of the views of any particular religion. Harris v. McRae, 100 S.Ct. at 2693 (1980). Cfr. Robert A. Destro, Religion: Establishment, Free Exercise, and Abortion, New Perspectives on Human Abortion, University Publications of America, 1981, pág. 240-242.

(11) *Beal v. Doe, Maher v. Doe, Poelker v. Doe*, 432 U.S. 438 (1977); *Colautti v. Franklin*, 439 U.S. 379 (1979). Cfr. Henri J. Abraham, *Freedom and The Court, Civil Rights and Liberties in the United States*, Oxford University Press, ed. 1982, pág. 74. Ver también *Nyberg v. City of Virginia*, 667 F.2d 754 (8th Cir. 1982), donde se anula la regulación municipal que prohíbe a los médicos realizar operaciones de aborto —salvo caso de grave peligro para la vida de la madre— en el hospital municipal de la ciudad.

(12) *City of Akron v. Akron Center for Reproductive Health, Inc.*, 76 L.Ed.2d 687 (1983)

emocionales que el aborto lleva consigo, en orden a asegurar que el consentimiento de la paciente está debidamente informado(13); 4/ los abortos no pueden ser practicados hasta después de 24 horas de haber firmado la gestante su consentimiento a la operación; 5/ los restos fetales deben ser eliminados de forma humanitaria.

La Corte rechaza la regulación por 6 votos contra 3, siendo ponente de la decisión el magistrado Powell, que enfatiza la importancia de la doctrina del *stare decisis* en una sociedad gobernada por el *rule of law*. Es decir: reafirma la doctrina de la decisión *Roe*, para después analizar uno por uno los elementos de la regulación debatida. Respecto del primero, dice que la hospitalización a partir del segundo trimestre crea un coste adicional, siendo así que desde *Roe* la práctica segura del aborto no requiere hospitalización. Respecto del consentimiento de la menor, se indica que la ciudad de Akron no puede establecer *in genere* la inmadurez de las menores de 15 años para tomar esta decisión. Respecto de la aplicación al caso de la *informed consent doctrine*, se estima que la finalidad de esta información no es el perfecto conocimiento de la abortante sino disuadirla de la operación, aparte de la intrusión que supone en la discreción del médico. La espera de 24 horas no demuestra tampoco ningún interés compulsivo del Estado. Por último, las disposiciones sobre los restos fetales se entiende que son demasiado imprecisas y, por tanto, inconstitucionales.

En esta ocasión, las *dissenting opinions* correrán a cargo de Sandra D. O'Connor, Rehnquist y White en lo relativo al sistema de plazos que en su día fijara Blackmun.

Akron es una más de las decisiones de una batalla judicial-legislativa encarnizada(14).

(13) Sobre la *informed consent doctrine*, vid. capítulo VI, 2.1.

(14) Entre estas decisiones, es común citar *Planned Parenthood of Central Missouri v. Danforth*, 428 U.S. 52 (1976) (invalida el consentimiento marital, o el consentimiento paterno para menores no casadas, en todos los abortos); *Bellotti v. Baird II*, 443 U.S. 622 (1979), (rechaza la necesidad del consentimiento paterno para menores); *Thornburgh v. American College of Obstetricians and Gynecologists*, 476 U.S. 747 (1986) (se declaran

Esta batalla parece alcanzar, a tenor de las *dissenting opinions* de los magistrados tradicionalmente liberales en materia de aborto(15), un punto de inflexión en la sentencia *Webster v. Reproductive Health Services* de julio de 1989(16). En esta decisión vuelve a plantearse un caso típico de *test* sobre constitucionalidad de una ley estatal restrictiva del aborto; en este caso, de Missouri. Los puntos controvertidos, y sobre los que el Tribunal se pronunciará a favor, son el preámbulo de la ley (que declara que puesto que la vida se inicia con la concepción, debe protegerse la vida, bienestar y salud del no nacido), la prohibición de uso de locales o dependencias públicas para la realización del aborto, la prohibición de financiación pública del *abortion counseling* a las gestantes y la determinación médica de la viabilidad antes de practicar el aborto en caso de gestantes de más de veinte semanas.

inválidas las regulaciones del estado de Pennsylvania sobre consentimiento informado de la abortante, sobre la información gráfica a la embarazada acerca del aborto, sobre el grado de cuidados médicos en abortos que se realicen en el periodo posterior a la viabilidad y sobre la presencia de un segundo médico cuando la viabilidad del feto es posible). Reafirman, sin embargo, regulaciones las sentencias: *H.L. v. Matheson*, 450 U.S. 398 (1981) (sobre la notificación —no consentimiento— de los padres en caso de aborto de una menor); *Planned Parenthood Association of Kansas City v. Ashcroft*, 76 L.Ed.2d 733 (1983) (se entienden constitucionales la regulación de consentimiento paterno, y asistencia de segundo médico en los abortos que se practican tras las 12 primeras semanas), *Simopoulos v. Virginia*, 76 L.Ed.2d 755 (1983) (sobre la exigencia legal de hospital para practicar abortos en el segundo trimestre).

(15) Estas son las palabras de Blackmun en la decisión: *Today, Roe v. Wade (...) and the constitutional right of women to decide whether to terminate a pregnancy, survive but not secure. (...) Although today, no less than yesterday, the Constitution and the decisions of this Court prohibit a State from enacting laws that inhibit women from the meaningful exercise of that right, a plurality of this Court implicitly invites every state legislature to enact more and more restrictive abortion regulations in order to provoke more and more test cases, in the hope that sometime down the line the Court will return the law of procreative freedom to the severe limitations that generally prevailed in this country before January 22, 1973. Never in my memory has a plurality announced a judgement of this Court that so foments disregard for the law and for our standing decisions.* 32 JCS at 209 (1990).

(16) *Webster v. Reproductive Health Services*, 106 L.Ed.2d 410 (1989). Las referencias a esta sentencia se harán a través de 32 JCS (1990).

Los datos más importantes de la decisión son, aparte del *dissenting* reproducido a pie de página, la *judicial deference* que caracteriza al ponente, Rehnquist, que favorece la desuniformidad legislativa frente a *Roe*(17), la relativización del valor que la doctrina del *stare decisis* tiene cara al mantenimiento de *Roe*(18) y el rechazo del sistema de plazos que esta decisión primera estableció(19).

Se abre así, al menos, en el Tribunal Supremo, una lenta guerra de trincheras, que adopta como táctica el *test* de constitucionalidad con el fin de ir delimitando y estrechando el ejercicio del aborto.

En esta sucesión de hechos(20), con episodios confusos(21),

(17) *We think that the extent to which the preamble's might be used to interpret other state statutes or regulations is something that only the courts of Missouri can definitively decide. State law has offered protections to unborn children in tort and probate law (...) and § 1.205.2 can be interpreted to do not more than that. (...) It will be time enough for federal courts to adress the meaning of the preamble should it be applied in some concrete way. Until then, this Court "is not empowered to decide... abstract prepositions, or to declare, for the government of future cases, principles or rules of law which cannot affect the result as to the thing in issue in the cases before it" Tyler v. Judges of Court of Registration. 32 JCS at 191 (1990).*

(18) *Stare decisis is the cornerstone of our legal system, but it has less power in constitutional cases, where, save for constitutional amendments, this Court is the only body able to make needed changes. 32 JCS at 198.*

(19) *We have not refrained from reconsideration of a prior construction of the Constitution that has proved "unsound in principle and unworkable in practice". Garcia v. San Antonio Metropolitan Transit Authority (...) We think the Roe trimester framework falls into that category. Ibid. at 198. Cfr. Robert C. Reiter, Susan Johnson, Fritz K. Beller, Abortion: Is There a Rational Precept?, 78 Obstetrics & Gynecology 464, 465-66 (1991).*

(20) Tras la decisión *Webster*, quien esté interesado en el desarrollo jurídico de la cuestión puede consultar 32 JCS 170 (1990); 32 JCS 673 (1990); 32 JCS 914 (1990); 33 JCS 175, 392, 643 (1991).

(21) Confusión que manifiesta de forma bastante acertada el magistrado Antonin Scalia en su voto particular de la decisión *Hodgson v. Minnesota*, 110 S.Ct. 2926 at 2960-61(1990) (*The random and unpredictable results of our consequently unchanneled individual views make it increasingly evident, Term after Term, that the tools for this job are not to be found*

podríamos destacar varios acontecimientos.

En primer lugar, la viva perdurabilidad de la decisión *Roe* manifestada en la decisión del noveno circuito *Guam Society of Obstetricians and Gynecologists v. Ada*(22), que invalida la ley de Guam que sólo despenaliza el aborto en el supuesto de peligro para la vida o la salud de la madre. El tribunal de apelación entendió que la ley atentaba contra el *right of privacy* expuesto en *Roe*.

En segundo lugar, la falta de un criterio uniforme en las cortes federales inferiores al examinar la constitucionalidad de una ley de aborto, como se manifiesta en la decisión *Jane v. Bangerter*(23). En ella se alegó la nulidad de las leyes estatales de Utah sobre experimentación fetal y anti-aborto, sobre la base tanto de la constitución estatal como de la federal. La Corte de Distrito admite que el lenguaje de la ley en cierto modo no permite una delimitación exacta, pero decide que el standard subjetivo de buena fe profesional salva la norma de la nulidad alegada. Los demandantes alegan también que la norma infringe la *Establishment Clause* porque

in the lawyer's —and hence not in the judges— toolbox. I continue to dissent from the enterprise of devising an Abortion Code, and from the illusion that we have authority to do so.). Cfr. Charles E. Rice, *No Exception: A Pro-Life Imperative*, Tyholland Press 1990, pág. 13 y ss. Esta sentencia contraría de alguna forma las previsiones de voto que se habían hecho sobre la magistrada Sandra D. O'Connor (cfr. Paige C. Cunningham, Thomas J. Marzen, Maura K. Quinlan, *Where Are We Now: The Supreme Courts Decisions Ten Years After Roe v. Wade*, 17 Law And Medicine Series 1 (1983). Robert T. Miller y Ronald B. Flowers se hacen eco del enfrentamiento entre los movimientos *pro-choice* y la Conferencia Episcopal Americana, manifiesto en el intento de los primeros de retirar el *tax-exempt status* del que goza dicha entidad religiosa: *Abortion Rights Mobilization v. Baker*, 824 F.2d 156 (2nd Cir.1987); la respuesta ante los tribunales de alguna manera está signficada en el *motion to dismiss* contenido en *Abortion Rights Mobilization Inc. v. Regan*, 603 F.Supp. 970 (S.D.N.Y. 1982) (Robert T. Miller y Ronald B. Flowers, *Toward Benevolent Neutrality: Church, State and the Supreme Court* 3rd ed. Markham Press Fund of Baylor University, 1987, pág. 576).

(22) *Guam Society of Obstetricians and Gynecologists v. Ada*, 962 F.2d 1366 (9th Cir. 1992), 12 RFR 222 (1992).

(23) *Jane v. Bangerter*, No.91-C-345G1992, U.S.Dist.Lexis 7529 (D. Utah), 12 RFR 268.

implica un punto de vista que patrocina la posición religiosa de la Iglesia de Jesucristo de los Santos de los Últimos Días. La Corte señala que la ley no implica un punto de vista religioso porque el legislativo ha estimado que el Estado de Utah tiene un *compelling state interest* en la protección de los niños no nacidos. La Corte sostiene también que, bajo los criterios de examen del *Lemon test*, la norma no infringe la *Establishment Clause*: aunque una ley pudiera coincidir con los preceptos religiosos de una confesión, es posible que la existencia de un propósito y efecto religiosos separados.

En tercer lugar, la presentación ante el senado para su aprobación de la *Freedom of Choice Act of 1991*(24), conforme a la cual ningún estado podrá restringir el aborto antes de la viabilidad o en circunstancias en las que la interrupción del embarazo sea médicamente necesaria para salvar la vida de la madre.

Por último, una nueva sentencia del Tribunal Supremo, emitida el 29 de junio de 1992, supone un nuevo examen *ad casum* de la regulación estatal del aborto. La decisión sorprendió a los observadores políticos(25) porque la actual composición de la Corte Suprema Federal presagiaba —a falta de una neta definición sobre el particular del magistrado Clarence Thomas— que en la próxima decisión sobre el aborto la doctrina de *Roe* se vería abolida. No ha sido así. El caso *Planned Parenthood of Southeastern Pennsylvania v. Casey*(26) plantea la constitucionalidad de la restrictiva ley de Pennsylvania en las siguientes cuestiones: consentimiento informado de la gestante, periodo de espera de veinticuatro horas desde la información facilitada

(24) *Freedom of Choice Act of 1991*, S.25, 102nd Cong., 1st Sess. (1991)

(25) *A Muddled Ruling- There They Go Again; Courts Upholds Most of Pennsylvania Abortion Law*, Los Angeles Times, June 30, 1992, page 6; *This Honorable Court*, The New York Times (late edition, final), June 30, 1992, page 22; *The Abortion Ruling*, The Washington Post, June 30, 1992, page A18.

(26) *Planned Parenthood of Southeastern Pennsylvania v. Casey*, Nos. 91-744, 91-902, 1992 U.S. Lexis 4751 (U.S. 1992), 12 RFR 223 (1992). El texto empleado en el estudio de la decisión, dada la novedad de la misma, no está aún recogido en textos oficiales impresos en el momento de escribir este capítulo.

a la paciente, consentimiento paterno para menores de edad, notificación al marido (con cuatro excepciones), y una excepción genérica a estos condicionantes: la emergencia médica, según definición de la propia ley(27).

Son ponentes de la decisión O'Connor, Kennedy y Souter. Conforme a la condición que se les da de "moderados", elaboran una decisión que afirma comprender el debate político constitucional en torno al aborto, y los intereses y creencias en juego(28), para afianzar el respeto a la decisión íntima de la mujer embarazada y, por tanto, reconocer al menos el espíritu de la decisión *Roe* y el carácter de derecho fundamental que tiene el aborto, sometido en cuanto a sus límites a un criterio de *strict scrutiny* genérico en cuanto a las limitaciones que la legislación pudiera imponer(29). No obstante, sostienen que el sistema de plazos establecido en *Roe* es inadecuado, por cuanto su rigidez impide la entrada en juego de los intereses estatales legítimos(30). En su lugar, se propone un nuevo *standard* de revisión de los límites del aborto en las legislaciones estatales: *undue burden*

(27) Cfr. 18 Pa.Cons.Stat.Ann. (1990) § 3203 y ss.

(28) *Men and women of good conscience can disagree, and we suppose some always shall disagree, about the profound moral and spiritual implications of terminating the pregnancy, even in the earliest stage. Some of us as individuals find abortion offensive to our most basic principles of morality, but that cannot control our decision. Our obligation is to define the liberty of all, not to mandate our own moral code. The underlying constitutional issue is whether the State can resolve this philosophic questions in such a definitive way that a woman lacks all choice in the matter, except perhaps in those rare circumstances in which the pregnancy is itself a danger to his life or health, or is the result of rape or incest.* ABM file-june 29, 1992, pag. 5.

(29) *The woman's right to terminate her pregnancy before viability is the most central principle of Roe v. Wade. It is a rule of law and component of liberty we cannot renounce.* Ibid. pag. 14.

(30) *We reject the trimester framework, which we do not consider to be part of the essential holding of Roe. (...) The trimester framework suffers from these basic flaws: in its formulation it misconceives the nature of the pregnant woman's interest; and in practice it undervalues the State's interest in potential life, as recognized in Roe.* Ibid. pag. 15. *the Court's experience applying the trimester framework has led to the striking down of some abortion regulations which in no real sense deprived women of the ultimate decision.* Ibid. pag. 16.

standard: analizar si la regulación tiene el propósito o efecto de poner un obstáculo significativo en el acceso de la mujer al aborto del feto no viable⁽³¹⁾. Conforme al nuevo criterio de revisión constitucional, la ley de Pennsylvania subsiste en su totalidad, salvo para el requerimiento de información al marido de la intención de abortar.

Como en las decisiones precedentes, la división de la Corte continúa siendo un hecho natural. En el frente tradicional, Blackmun y Stevens abogan por la estructura de plazos de *Roe*, conforme a la cual ninguna de las restricciones de la ley subsistiría. En el frente contrario, conservador, (Rehnquist, Scalia, Thomas) se estima que el aborto no es derecho fundamental, se pone en duda el *right of privacy* y, por tanto, se estima que debe someterse a un criterio de revisión de menor rango constitucional (*rational basis test*). A la vez, en el bando conservador no hay una doctrina jurídica unánime: mientras que Rehnquist incide en aspectos jurídicos erróneos en los que incurre O'Connor (estimar que perdura la decisión *Roe*, a la vez que se rechazan sus principales postulados), Scalia hace una defensa del *judicial restraint* que no desmerece de otros realizados por Rehnquist en sentencias relacionadas con el derecho constitucional. Para Scalia, el aborto debe ser objeto del debate legislativo, y no de decisiones sucesivas de la Corte Suprema Federal.

3. Distinciones conceptuales: objeción de conciencia, desobediencia civil, persona jurídica e ideario.

Antes de pasar al examen detallado de los medios legales de defensa de los que goza el objetor a los procedimientos abortivos, es preciso recordar que examinamos problemas de objeción de conciencia: rechazo de la exigencia normativa o de sus derivados en virtud de un juicio sobre la actuación moral correcta. El rechazo lo es

(31) *A finding of an undue burden is a shorthand for the conclusion that a state regulation has the purpose or effect of placing a substantial obstacle in the path of a woman seeking an abortion of a nonviable fetus.* Ibid. pág. 17. Sobre la aplicación del criterio por parte de tribunales federales inferiores, vid. *Note. Splintered Decisions, Implicit Reversals, and the Lower Federal Courts*, 1992 B.Y.U.L.Rev. 289.

en una norma o ley concreta y específica, en este momento o situación concreta.

Por tanto, las posturas individuales o colectivas dirigidas a conseguir del poder judicial americano, o del legislativo, la supresión de supuestos de despenalización, no forman parte del análisis de objeción de conciencia. Problemas como el de si se aboga doctrinalmente por la cláusula de conciencia de los policías en las detenciones practicadas en las *rescue operations*(32), o la protección legal que la *free exercise clause* y la *free speech clause* puede facilitar a los participantes en dichas operaciones(33), son objeto del estudio en una sede distinta.

Es importante remarcar esta cuestión, por cuanto la actuación colectiva política de los grupos *pro-life* americanos se dirige de modo inmediato a terminar con los supuestos de despenalización, mientras que la actuación de los grupos de objeción fiscal se dirige primeramente a evitar gastos militares como medio para el objetivo pacifista, de modo que los esfuerzos de estos últimos se centran en una legislación que permita escoger el destino de la proporción de impuestos que van a defensa. En

(32) Cfr. Charles E. Rice, *No Exception: A Pro-Life Imperative*, Tyholland Press 1990, pág. 100.

(33) *Armes v. City of Philadelphia*, 706 F.Supp. 1156 (E.D.Pa. 1989), *California Attorney General Opinion Addressing Picketing and Distributing of Leaflets at Abortion Clinics*, 72 Op. Att'y Gen.Cal. 213 (1990); *Bobo v. Texas*, 490 U.S. 1066 (cert. denied, May 15, 1986); *Hirst v. City of Atlanta, Ga.*, 110 S.Ct. 2163 (1990); *National Org. for Women v. Operation Rescue*, 914 F.2d 58 (4th Cir. 1990); *Planned Parenthood Assoc. of Cincinnati, Inc. v. Project Jericho*, 556 N.E.2d 57 (Ohio, 1983); *Planned Parenthood League of Mass., Inc. v. Operation Rescue*, 550 N.E.2d 1361 (Mass.1990); *Roe v. Operation Rescue*, 919 F.2d 857 (3rd Cir.1990). Sobre la titularidad de un derecho de libertad de expresión y asociación, vid. Sullivan, *Protection of Constitutional Guarantee Under 42 U.S.C. §1985(3) Operation Rescue's "Summer of Mercy"*, 49 Wash.& Lee L. Rev. 237 (1992). En la decisión *Bray v. Alexandria Women's Health Clinic*, la Corte Suprema permitió que se empleara 28 U.S.C.A. § 1985(3) para "puentear" las cortes estatales y dotar a las cortes federales de jurisdicción para frenar los bloqueos anti-abortistas a las clínicas donde se practican abortos. Este caso ofreció un *test* bipartito para evaluar si las mujeres que desean practicar el aborto pueden considerarse "clase protegida" dentro del significado de dicho texto legal federal. En contra de esta doctrina, vid. *Note.- Federal Power to the Rescue: The Use of § 1985(3) Against Anti-Abortion Protesters*, 67 Notre Dame L.Rev. 707 (1992).

definitiva, que la actuación de los grupos pro-vida se aleja más de la objeción de conciencia que la actuación de los grupos pacifistas contra los gastos militares(34).

Por otra parte, quedarían fuera de la objeción de conciencia los hospitales y entidades que, en virtud de las doctrinas morales de la confesión a la que pertenecen, no practican abortos. En este caso, lo que se demanda del poder público es el respeto al ideario religioso de una institución o persona jurídica, vía Primera Enmienda Constitucional, pero no propiamente el ejercicio de una objeción de conciencia por parte de una persona jurídica (aunque una parte importante de la doctrina norteamericana considera que la objeción de conciencia acrisolada en *Sherbert* se debe aplicar perfectamente en el caso de las personas jurídicas(35)).

Todo ello nos llevará, por tanto, a delimitar nuestro estudio a la objeción de conciencia del individuo aunque, como veremos, esta mantiene conexiones jurisprudenciales y legales con la libertad religiosa de las entidades confesionales.

Vid. capítulo IV, 2.1. y 2.3.

(35) Cfr. *Developments: Religion and the State*, 100 Harv.L.Rev. 1606, 1751 (1987). Laycock, *Towards a General Theory of the Religion Clauses: The Case of Church Labor Relations and the Right of Church Autonomy*, 81 Colum.L.Rev. 1373, 1388-90 (1981). Laycock establece una acertada distinción entre el derecho de objeción religiosa y el derecho de autonomía religiosa dentro de la *free exercise clause*. Sobre la protección del ideario de entidades sanitarias, vid. *Chrisman v. Sisters of St. Joseph of Peace*, 506 F.2d 308 (9th Cir.1974), *Taylor v. St. Vincent's Hospital*, 369 F.Supp. 948 (D.C.Mont.), *affirmed* 523 F.2d 75 (1973), *cert. denied*, 424 U.S. 948.

4. Legislación general de protección de los objetores al aborto.

4.1. Legislación federal.

Como explica Destro(36), cuando el Estado opta por una orientación que hace de la elección individual la piedra de toque del derecho constitucional judicialmente alumbrado, es inevitable que la política gubernamental dirigida a preservar y alentar ese derecho recién nacido choque frontalmente con la conciencia de quienes, por motivos de conciencia, rechazan no sólo la posibilidad de ejercicio del mismo, sino también la cooperación de quienes pretendan ejercitarlo.

Como es natural, la objeción de conciencia se hace especialmente patente cuando el ejercicio del derecho reclama la intervención de una determinada profesión y cargo público. Es por ello que el campo principal de protección de la objeción al aborto se centre en el personal de los hospitales, públicos y privados, de los Estados Unidos(37).

La vía jurídica normal de protección de la objeción de conciencia por motivos religiosos, una vez ejercitada dicha objeción, es la discriminación por motivos religiosos, sancionada en el Título VII de la *Civil Rights Act* de 1967. En la medida en que el Título VII es tratado en la parte de la tesis dedicada a la objeción de conciencia laboral (descanso semanal, sindicatos, etc.), me remito a esa parte para un conocimiento genérico de las implicaciones que dicha norma tiene en la objeción de conciencia(38). Sin embargo, es necesario destacar que la doctrina que se ha

(36) Cfr. Robert A. Destro, *Religion: Establishment, Free Exercise, and Abortion*, New Perspectives on Human Abortion, University Publications of America, 1981, pág. 242.

(37) Cfr. W. Cole Durham, Mary Anne Q. Wood, Spencer J. Condie, *Accommodation of Conscientious Objection to Abortion: A Case Study of the Nursing Profession*, B.Y.U.L.Rev. (1982), pág. 253 y ss.

Vid. capítulo III, 1.1.

ocupado de la aplicación del Título VII a la objeción de conciencia al aborto⁽³⁹⁾, ha llamado la atención sobre los problemas que este campo particular de discriminación puede causar el *standard* de adaptación (*de minimis cost*) aprobado por la Corte Suprema en la decisión *T.W.A. v. Hardison*⁽⁴⁰⁾. Conforme a él, con tal que un hospital realice una adaptación que no exceda del criterio indicado por esa decisión, cumple con las exigencias de la ley anti-discriminación.

No obstante lo anterior, también hay campos donde el Título VII ofrece una protección de gran importancia: el empleador no puede dejar de contratar o promover al ascenso a un trabajador por sus objeciones a la práctica del aborto en la empresa sanitaria: en la mayoría de los casos, eso sería discriminación intencionada por motivos religiosos. Sin embargo, el Título VII también establece la excepción a favor del empleador: la denominada *bona fide occupational qualification* (BFOQ)⁽⁴¹⁾; las creencias ó posiciones de conciencia sobre el aborto podrían ser de relieve para esa BFOQ cuando el empleo para el que se busca un trabajador comprende tareas de práctica de aborto. Por tanto, la falta de objeción al aborto podría constituir una BFOQ para trabajar en una clínica que practique abortos, pero no en una clínica donde se realizan todo tipo de intervenciones médicas, salvo que el empleador pueda demostrar que existe una grave y compulsiva *business necessity*⁽⁴²⁾.

(39) Cfr. W. Cole Durham, Mary Anne Q. Wood, Spencer J. Condie, op. cit., pág. 297 y ss.

(40) *T.W.A. v. Hardison*, 432 U.S. 63 (1977). Vid. capítulo III, 2.3.

(41) 42 U.S.C.A. § 2000e-2(e): *Notwithstanding any other provision of this subchapter, (1) it shall not be unlawful employment practice for an employer to hire and to employ employees, for an employment agency to classify, or refer for employment any individual, for a labor organization to classify its membership or to classify or refer for employment any individual, or for an employer, labor organization, or joint labor-management committee controlling apprenticeship or other training or retraining programs to admit or employ any individual in any such program, on the basis of his religion, sex or national origin in bona fide occupational qualification reasonably necessary to the normal operation of that particular business or enterprise (...)* Vid. capítulo III, 1.1. § 9.

(42) Sobre la articulación de la excepción de *business necessity*, neutral en la apariencia teórica, discriminatoria en la práctica, cfr. *Swint v. Pullman-Standard*, 624 F.2d 525 (1980);

También exige el Título VII que el empleador realice los ajustes necesarios en los turnos y cometidos del trabajo para respetar (dentro de ese *de minimis* que no genera para el empleador *undue hardship*, y que no quebranta las reglas del convenio colectivo de trabajo) la objeción del trabajador. En conexión con este deber, las recomendaciones de la *Equal Employment Opportunity Commission* de 1980⁽⁴³⁾ sugirieron varias formas de reestructurar los turnos y cometidos en el trabajo: sustitución voluntaria, cambios de turno, turnos flexibles de trabajo, transferencia "lateral" u horizontal, etc. Aunque estas recomendaciones de la EEOC a primera vista van dirigidas al descanso semanal, bien pueden aplicarse al campo de la objeción de conciencia al aborto.

4.2. Legislación de los Estados.

Muchos Estados han adoptado leyes generales de derechos civiles paralelas a la legislación federal, con disposiciones muy parecidas a las del Título VII en materia de discriminación por motivos religiosos. Aunque la mayoría prescribe estas normas tanto para el sector privado como público, Georgia, Virginia y Texas limitan la obligatoriedad a este último⁽⁴⁴⁾.

A pesar de la falta de uniformidad entre unos Estados y otros, cabe decir en general que las leyes de los estados en materia de discriminación laboral ofrecen una protección similar a la ofrecida por el Título VII.

Miller v. State Bd. of Barber Examiners, 615 F.2d 650 (1980).

(43) Cfr. 29 C.F.R. § 1605.3(b)(2)(ii) (1981). Vid. capítulo III, nota no. 5.

(44) Sobre las normas de cada uno de los estados y las colecciones oficiales, vid. W. Cole Durham, Mary Anne Q. Wood, Spencer J. Condie, op. cit., pág. 303-305.

5. Las cláusulas de conciencia como protección explícita de la objeción al aborto.

5.1. La cláusula federal.

La cláusula de conciencia federal, más conocida como *Church Amendment*, comprende tres apartados, destinados a dotar de una protección adecuada a quienes ostentan objeción de conciencia al aborto en supuestos sometidos a la ley federal.

El primer apartado de la enmienda contiene la prohibición dirigida a funcionarios y agentes públicos de imposición de exigencias o condiciones contrarias a las creencias religiosas o convicciones morales para la recepción de beneficios estatales relacionados con la sanidad pública. La prohibición alcanza también a las Cortes de Justicia, en la medida en que éstas puedan intentar hacer cumplir obligaciones legales relacionadas con el aborto como condición para empleos, becas o beneficios federales. La cobertura de protección es tanto para el individuo (objeción de conciencia) como para instituciones públicas (libertad religiosa en conexión con el ideario de la institución confesional).

Respecto de los individuos singulares, la *Church Amendment* establece que el receptor de una beca, contrato, o préstamo del Estado no podrá ser obligado, contra sus convicciones religiosas o morales, a realizar o contribuir a la realización de un aborto u operación de esterilización. Respecto de las personas jurídicas, se establece que no podrá imponerse a las instituciones la obligación de realizar ese tipo de operaciones en sus dependencias, ni tendrá que facilitar parte de su personal para la realización de operaciones de aborto o esterilización, si ese personal objeta en conciencia al aborto⁽⁴⁵⁾.

(45) 42 U.S.C.A. § 300a-7. *Sterilization or Abortion.- Prohibition of public officials and public authorities from imposition of certain requirements contrary to religious beliefs or moral convictions.- (a) The receipt of any grant, contract, loan or loan guarantee under the Public Health Service Act, the Community Mental Health Centers Act, or the Developmental Disabilities Services and Facilities Construction Act by any individual or entity does not authorize any court or any public official or other public authority to require- (1) such individual to perform or assist in the performance of any sterilization procedure or abortion*

La cobertura, por tanto, es para objeción de conciencia al aborto basada en motivos religiosos, pero también en general en motivos de conciencia. No es necesario, por tanto, realizar la interpretación del término religión en sentido amplio, o integrar la ley con otras definiciones legales de religión. Es de notar que la ley no establece el grado de cooperación hasta el cual queda protegido el personal del establecimiento sanitario, ya que se habla simplemente de "ayuda/contribución" a la operación quirúrgica.

El segundo apartado de la *Church Amendment* tiene por objeto impedir la discriminación en el empleo. Es, por tanto, una especialización del Título VII. Ninguna entidad que recibe fondos del Estado podrá discriminar en el empleo, en la promoción o en la resolución de contratos de cualquier médico o personal sanitario, ni podrá tampoco discriminar en materia de ascensos u otros beneficios a ningunos de los sujetos indicados, cuando estos ejerciten su objeción de conciencia a la práctica o participación en un aborto o esterilización, o cuando realicen dichas intervenciones médicas contra el ideario del hospital o clínica(46).

if his performance or assistance in the performance of such procedure or abortion would be contrary to his moral beliefs or moral convictions; or (2) such entity to- (A) make its facilities available for the performance of such procedure of abortion in such facilities is prohibited by the entity on the basis of religious beliefs or moral convictions, or (B) provide any personnel for the performance of any sterilization procedure or abortion if the performance or assistance in the performance of such procedures or abortion by such personnel would be contrary to the religious beliefs or moral convictions of such personnel.

(46) 42 U.S.C.A. § 300a-7.- (...) *Discrimination Prohibition.*- (b)(1) *No entity which receives a grant, contract, loan or loan guarantee under the Public Health Service Act, the Community Mental Health Act, or the Development Disabilities Services and Facilities Construction Act after June 18, 1973, may- (A) discriminate in the employment, promotion, or termination of employment of any physician or other health care personnel, (B) discriminate in the extension of staff or other privileges to any physician or other health care personnel, because he performed or assisted in the performance of a lawful sterilization procedure or abortion, because he refused to perform or assist in the performance of such procedure or abortion on the grounds that his performance or assistance in the performance of the procedure or abortion would be contrary to his religious beliefs or moral convictions, or because of his religious beliefs or moral convictions respecting sterilization procedures or abortions.* La *discrimination prohibition* contiene también una cláusula de protección contra otras actividades bio-sanitarias a las cuales pueda objetarse en conciencia

5.2. Cláusulas estatales.

Al menos 44 Estados han establecido cláusulas legales que tratan de proteger a los empleados de hospitales frente a cualquier discriminación en su empleo⁽⁴⁷⁾. Muchas de estas *conscience clauses* fueron adoptadas como parte de la legislación sobre el aborto que *Roe v. Wade* desencadena; sin embargo, otros estados han extendido la protección de la cláusula al rechazo de intervenciones en las que los motivos éticos son especialmente relevantes. Once estados refieren la cláusula específicamente a la contratación (California, Illinois, Indiana, Iowa, Kentucky, Pennsylvania, Maine, Texas, Utah, Virginia, Wisconsin); tres estados extienden la cláusula, al igual que lo hace la ley federal, a la protección de aquellos que sí quieren realizar o participar en abortos (y pueden verse discriminados por los hospitales con idearios anti-abortistas: Iowa, Kentucky, Pennsylvania, incluso Texas, aunque es un poco ambiguo); quince estados condicionan la protección legal del personal sanitario a que formalice por escrito su objeción (Arizona, California, Colorado, Georgia, Idaho, Illinois, Kentucky, Massachusetts, Nevada, Nueva York, Pennsylvania, Rhode Island, South Carolina, Virginia, Wisconsin), pero no establecen ninguna fórmula expresa para el escrito.

Una vez que la objeción de conciencia se presenta de acuerdo con la ley, esta otorga al objetor un derecho incondicional de rehusar la práctica o participación en el aborto. No obstante, seis Estados especifican que el derecho no es incondicional en ciertas situaciones, normalmente tratamientos médicos en urgencia (California —*emergency situations and spontaneous abortions*—, Florida —*performance of a procedure which terminates a pregnancy in order to deliver a live child*—, Illinois —*emergency medical care*—, Iowa —*medical care which has as its primary purpose the treatment of a serious physical condition requiring emergency medical treatment necessary to save the life of a mother*—, Nevada —*medical emergency situations*—,

(fecundación *in vitro*, eutanasia, métodos de regulación de la natalidad, etc).

(47) Sobre las normas de cada uno de los estados y las colecciones oficiales, vid. W. Cole Durham, Mary Anne Q. Wood, Spencer J. Condie, op. cit., pág. 308 y ss.

Oklahoma —*when the aftercare involves emergency medical procedures which are necessary to protect the life of the patient/medical procedures in which a woman is in the process of the spontaneous, inevitable abortion of an unborn child, the death of the child is imminent, and the procedures are necessary to prevent the death of the mother—*).

Sólo catorce Estados establecen en su normativa de protección de la objeción de conciencia al aborto sanciones explícitas para quienes violentaren la objeción legalmente protegida. Algunos estados someten esta infracción a responsabilidad criminal (Alaska, California, Michigan, Nebraska, Nevada, New York); otros extienden la protección a daños y perjuicios, a la reposición en el empleo o a la indemnización por vía judicial.

5.3. Características específicas de la protección de la objeción de conciencia al aborto por medio de cláusulas legislativas.

Las cláusulas de conciencia legislativas son el reflejo de la sensibilidad "mayoritaria" ante el hecho de que una parte de los individuos rechazan de plano la realización de operaciones abortivas. Son el medio más adecuado para una protección completa de esta forma de objeción.

Sin embargo, en el marco general de un ordenamiento capaz de otorgar protección a los objetores de conciencia a través de una jurisprudencia especialmente sensible en materia de discriminación en el empleo, mediante la combinación del Título VII de la *Civil Rights Act* con la *Free Exercise Clause*, ¿cómo no defender o abogar un sistema general de discriminación en el desempleo?

La razón es sencilla. Las cláusulas de conciencia ofrecen un modelo de protección incondicionada. Es decir: eludir las operaciones de aborto no supone que el objetor tenga que prestar un servicio sustitutorio, ni obliga al tribunal a analizar la adaptación del empleador a las necesidades de su trabajador bajo el límite *undue*

hardship(48). Y no se precisa servicio sustitutorio, por el sencillo motivo de que en este campo de objeción, frente a otros (militar, laboral, aportación a los sindicatos, fiscal) no es preciso disuadir a posibles objetores fraudulentos, porque objetar al aborto no supone ningún beneficio indirecto(49). Como indica Greenawalt, no se precisa mayores indagaciones en las objeciones afirmadas por médicos u hospitales, puesto que no tienen ninguna razón aparente para alegar en falso que consideran moralmente inaceptable el aborto(50), a lo que cabría añadir que en realidad la comunidad no sufre inicialmente ningún grave perjuicio que obligue al establecimiento de una "prestación médica sustitutoria". En el caso hipotético(51) de que el poder

(48) Esto es patente en la decisión *Swanson v. St. John's Lutheran Hospital*, 597 P.2d 702 (1979), donde de la aplicación del standard *undue hardship* hubiera inclinado la balanza en contra de la objetora; sin embargo, la Corte Suprema de Montana, a tenor de la cláusula de conciencia estatal, otorga un fallo favorable a la enfermera. Cfr. Rafael Navarro-Valls, "La objeción de conciencia al aborto: derecho comparado y derecho español", *Anuario de Derecho Eclesiástico*, 1986, pág. 288; W. Cole Durham, Mary Anne Q. Wood, Spencer J. Condie, op. cit., pág. 325 y ss.

(49) Cosa que sí ocurre en otras formas de objeción; en el servicio militar es evidente (cfr. *U.S. v. Boardman*, 419 F.2d 110, C.A.Mass. 1969, refiriéndose a los beneficios y libertades propias de la *civilian life*); en la objeción laboral, por ejemplo, es disponer de días libres conforme a las propias preferencias, cosa que incluso puede ser discriminatoria considerada de modo absoluto (cfr. *Protos v. Volkswagen of America, Inc.*, 797 F.2d 129, at 135, 3rd Cir. 1986; *unlike prohibitions on laboring during certain days of the week, the refusal to make decisions with respect to specific issues does not appear to be widespread and deeply ingrained religious tenet. Haring v. Blumenthal*, 471 F.Supp. at 1182); en la aportación sindical por negociación del convenio colectivo se produciría una injusticia frente a los demás trabajadores; en la objeción de conciencia fiscal, un sustancioso ahorro y satisfacción para el presunto objetor ...).

(50) K. Greenawalt, *Conflicts of Law and Morality*, Oxford University Press, 1987, pág. 336.

(51) La jurisprudencia americana ya se ha enfrentado a razonamientos que temen por la dilatación de la objeción de conciencia. *No evidence in the record to indicate that the number of people who find themselves in the predicament of choosing between benefits and religious beliefs is large enough to create "widespread unemployment", or even to seriously affect unemployment (Thomas v. Review Board, 450 U.S. at 719). If, in the future, the expressed fear of widespread refusal to pay union dues on religious grounds should become a reality, undue hardship could be proved. But on the present record, no substance be given to these apprehensions (Burns v. Southeastern Pacific Transportation Co., 589 F.2d at 407,*

público se encuentre sin medios médicos suficientes para atender los casos de aborto legalmente despenalizados, entonces debe plantearse o criminalizar al objetor, convirtiéndolo en un mártir de su causa personal, o bien plantearse el problema en el terreno político —que no jurídico, este campo remite a la objeción— de si se encuentra ante un caso de patente desobediencia civil que debe reprimir.

No obstante, las cláusulas de conciencia legislativas ofrecen una dudosa protección al personal hospitalario que no interviene directamente en las operaciones de aborto. Para ellos, y dada la amplia y experimentada jurisprudencia federal sobre el Título VII, la *Civil Rights Act* constituye la mejor defensa para proteger su objeción de conciencia, tal como manifiestan los casos *Haring* y *Tramm* que veremos en el siguiente apartado.

6. El papel del *case law* en materia de objeción de conciencia al aborto.

En un campo en el que las barreras de protección estuvieron protagonizadas por la legislación, al menos a nivel federal desde el 18 de junio de 1973, casi a la par de la decisión *Roe*, podría pensarse que el papel protagonista de la jurisprudencia americana ha sido escaso. Realmente, si comparamos la objeción de conciencia al aborto con otros supuestos, el grado de litigiosidad ha sido pequeño. Incluso podría afirmarse que el grado de conflictividad social en torno a la objeción de conciencia al aborto en el personal de los hospitales ha sido moderado⁽⁵²⁾.

9th Cir. 1978). En el campo de la objeción de conciencia al aborto, esto es más difícil, por cuanto no hay un interés oculto de lucro o un posible beneficio.

(52) En una estadística elaborada por W. Cole Durham, Mary Anne Q. Wood, Spencer J. Condie, op. cit., pág. 287, se muestra que las circunstancias en las que el personal de enfermería estudiado ha sido despedido del hospital o ha sufrido discriminaciones, en su mayoría, no han sido por negativa a participar en abortos, sino otros complejos problemas morales de diversa índole: ligadura de trompas (objeción de tres enfermeras), transfusiones de sangre (objeción de seis enfermeras pertenecientes a los Testigos de Jehová), descanso semanal (objeción de dos enfermeras de religión judía), bautizo de un bebé antes de intervención quirúrgica (objeción de una enfermera), negativa a cooperar en procedimientos de eutanasia (objeción de ocho enfermeras). Por mi parte, puedo dar cuenta de la existencia de un caso de objeción de conciencia (sin procedencia declaradamente religiosa) de una

Sin embargo, la labor integradora de la jurisprudencia ha sido importante en los casos que podríamos denominar de cooperación, directa o difusa, al aborto, así como en la protección de médicos pro-abortistas frente a los hospitales confesionales.

6.1. Cooperación al aborto.

6.1.1. Bajo el Título VII de la *Civil Rights Act*.

Paul Byrne Haring es abogado especialista en impuestos, al servicio del *Internal Revenue Service* en el Departamento de las *Exempt Organization*. Solicitó la promoción para un puesto superior (*Tax Specialist Reviewer GS-13*), pero se le deniega, presuntamente debido a motivos religiosos: no comparte la práctica del IRS respecto de las organizaciones que realizan abortos, negándose a revisar las peticiones de exención de impuestos que hacían dichas entidades⁽⁵³⁾. Haring alega que su posición sería la misma que frente a organizaciones que promueven o practican la infracción de los Diez Mandamientos o que violan la Ley Natural de Dios. Lleva la cuestión ante la Corte Federal de Distrito⁽⁵⁴⁾, solicitando que se le conceda el ascenso al que tiene derecho conforme al Título VII de la *Civil Rights Act*, y que el tribunal emita *injunction to restraint* contra el gobierno federal, con el fin de que no clasifique a las clínicas abortistas exentas de imposición fiscal.

enfermera que se niega a ejecutar la orden de expulsión de un hospital de una enferma delincuente, en estado grave, con riesgo de muerte: *Free v. Holy Cross Hospital*, 505 N.E.2d 1188 (Ill.App.1 Dist.1987); la enfermera fue despedida del hospital y la Corte de Apelación del Estado de Illinois falla en su favor.

(53) De acuerdo con la estructura y significado de la sección 501(a) del *Internal Revenue Code*, 26 U.S.C.A. §501(a), 501(c)(3) y 501(c)(4), el IRS había concedido *tax-exempt status* a clínicas dedicadas a practicar abortos y a varias organizaciones de defensa de derechos de los homosexuales.

(54) *Haring v. Blumenthal*, 471 F.Supp. 1172 (D.C. Columbia, 1979); 19 Fair Empl. Prac.Cas. (BNA) 744; posteriores recursos: *certiorari denied*, *Haring v. Regan*, 452 U.S. 939 (june 15, 1981); *reharing denied*, 453 U.S. 927 (august 28, 1981).

Respecto de la segunda alegación del objetor, la Corte de Distrito entiende que hay una falta de *standing to sue*(55) en el demandante, porque carece de legitimidad como contribuyente, y porque como funcionario del IRS tendría que demostrar que la actuación del IRS le causa un efectivo perjuicio, cosa que no ocurre. Por tanto, la resolución de este punto requeriría una *advisory opinion*, para la que el tribunal no está autorizado a emitir(56). También impide un pronunciamiento judicial sobre la cuestión la *Anti-Injunction Act*(57) que prohíbe litigios en materia fiscal que impidan la evaluación, estimación o exacción de cualquier impuesto por cualquier persona.

En el pleito, el gobierno contesta al demandante indicando que el motivo de negarle el ascenso se basa en otras razones: de hecho, recientes ascensos han sido concedidos a católicos. Es por ello que Haring aclara que la discriminación no se produce por el hecho de ser católico (por ello, no se infringe propiamente la *freedom to believe*), sino por la actuación del objetor como católico (*freedom to act*, que no tiene por qué ajustarse a unos *standards* de conducta, y remite la objeción a comportamientos individuales religiosamente motivados). Técnicamente, el gobierno sostiene contra Haring: 1/ que se le plantea propiamente un problema de administración y eficiencia (por cuanto la objeción de Haring dificulta el buen funcionamiento del sistema de la *Exempt Organization Division*), 2/ que si se adapta a las necesidades de conciencia de Haring, hay fundados temores de que el precedente atraiga otras objeciones que compliquen la operatividad del IRS en grados irrazonables, 3/ que si en el nuevo cargo al que aspira Haring éste lleva a la práctica las normas de conducta y la interpretación particular que hace de la ley, peligra la confianza del ciudadano en las instituciones y, en particular, en el IRS, 4/ que el IRS no puede adaptar su actuación a las creencias excéntricas del objetor, 5/ que la aceptación por parte del gobierno de las conductas y, por tanto, de las creencias del

Vid. ATL.

(56) Vid. ATL.

Vid. capítulo IV, 2.2.5. §6.

demandante, supone la infracción de la *Establishment Clause*.

Este tipo de argumentaciones no son ajenas a las que suelen aparecer en los litigios que versan sobre las objeciones laborales. Y en este caso, la Corte rechaza estas argumentaciones de modo semejante a como se ha hecho en ese otro tipo de supuestos. A ellos me remito⁽⁵⁸⁾, para detenerme sólo en el primero: el funcionamiento y eficacia del sistema. Para la Corte, tal disfuncionalidad no puede producirse, por cuanto el porcentaje de asuntos contra los que Haring objetaría (es decir, se abstendría de conocer, para dejar que intervenga otro funcionario) viene a ser tan sólo un 1 ó 2% del total: bajo esas condiciones, no se produce *undue hardship* para el empleador.

6.1.2. Bajo cláusula de conciencia.

En el caso *Spellacy v. Tri-County Hospital*⁽⁵⁹⁾, se plantea la cooperación indirecta de una demandante, que trabaja a tiempo parcial en el servicio de admisiones en una clínica del Condado de Delaware. Se negó a tener ningún tipo de contacto personal en la admisión de gestantes que pretendiesen abortar. El hospital trató de adaptarse a los requerimientos de conciencia de su empleada, pero no hubo un resultado satisfactorio, de forma que fue despedida. Mrs. Spellacy acudió primero a los organismos estatales de protección en el empleo, y luego a los Tribunales, alegando estar amparada por la cláusula de conciencia estatal en orden a la no cooperación al aborto. Tanto el organismo estatal de Pennsylvania como el tribunal estimaron que las tareas administrativas no constituyen cooperación con el aborto. Por tanto, al menos en Pennsylvania, se orienta la cláusula de conciencia a la cooperación directa, limitando el reconocimiento legal de la objeción al personal médico y sanitario (en menor medida), pero no al personal administrativo. Dilucidar cooperación directa o indirecta es sin duda necesario, a pesar de los esfuerzos del

Vid. capítulo III, 2.8. § 6 y 7.

⁽⁵⁹⁾ *Spellacy v. Tri-County Hospital*, 18 Empl.Prac.Dec. (CCH) 8871 (Pa., C.P. Del. County 1978), *aff'd*, 261 Pa.Super. 459, 395 A.2d 998 (1978).

legislativo por dejar los términos de las cláusulas de conciencia bien claros. La decisión que incurre en un *excessive entanglement* con los criterios religiosos y morales, que son quienes fijan u orientan al objetor en la determinación de la mediata/inmediata cooperación.

El problema se vería obviado ante cláusulas de conciencia tan claras como la de Texas, que comprende tanto la cooperación directa como la indirecta, o la de Louisiana e Illinois⁽⁶⁰⁾. Pero, desde luego, sí que se plantea con claridad la duda en el caso de la cláusula de conciencia federal.

6.2. Objeción de conciencia sobrevenida a relaciones laborales previas.

6.2.1. Bajo el Título VII de la *Civil Rights Act*.

Margaret Kenny comenzó a trabajar para el Ambulatory Centre of Miami en 1976, como enfermera de quirófano. Posteriormente, y debido a sus creencias religiosas, objetó a los procedimientos de aborto. Otra enfermera cambió su puesto por ella durante algún tiempo, pero posteriormente las compañeras de Kenny se negaron a intercambiar sus deberes. La dirección de la clínica pidió a la enfermera que renunciara a su empleo en el hospital en caso de que siguiera negándose a participar en abortos, a lo que ella no accedió. Posteriormente fue trasladada a una situación laboral en la que solamente trabajaba una parte de la jornada, con notable reducción de sus derechos económicos. Inicialmente, la Corte estatal de Circuito falló en favor del empresario, en virtud de las alegaciones del Ambulatorio (defendía esta empresa que la medida fue tomada con buena fe, por necesidades económicas) estimando que la clínica no tenía que hacer mayores adaptaciones en ausencia de suficiente cooperación de las demás enfermeras para sustituir a Kenny.

(60) *Recommend, counsel, perform, assist with or accommodate.* La.Rev.Stat. Ann. § 40:1299.31(A) (West 1977); *receive, obtain, accept, perform, assist, counsel, suggest, recommend, refer or participate in any way in any particular form of medical care contrary to his or her conscience.* Ill. Ann. Stat. ch. 111 1/2, § 5305 (Smith-Hurd Supp. 1981-82).

Kenny recurre la decisión ante la Corte de Distrito de Apelación del estado(61) que falla en favor de la objetora, en virtud de la cláusula de conciencia del Estado de Florida(62), y la legislación federal del Título VII. Aquí se produce —a juicio del tribunal— un caso típico de discriminación por motivos religiosos, cuya práctica judicial se desenvuelve en los términos acuñados por el precedente *TWA v. Hardison*(63). Constituye, por tanto, obligación del trabajador, demostrar que la conducta religiosamente motivada ha sido la causa de la medida disciplinar y, cumplido este requisito, debe probar el empleador que la adaptación causa *undue hardship*. Realiza también un breve estudio de comparación con otros Estados respecto de la legislación en materia de discriminación religiosa, estimando que debe ser la legislación y práctica federal (*undue hardship/reasonable accommodation*) la que gobierne el caso, frente a las posibilidades legislativas estatales (que proponen otro standard más severo: *disallowing discrimination regardless of the cost*). Esto, en teoría, es desventajoso para el trabajador. Pero en el supuesto, el empleador no demuestra que realiza esfuerzos positivos por evitar la práctica discriminación: esos esfuerzos inicialmente partieron de las enfermeras pero, una vez que estas retiraron su apoyo a la objetora, por los motivos que fueran, el empresario no adoptó medida alguna de *accommodation* a las necesidades de conciencia de Margaret Kenny. Por tanto, se falla ordenando que la enfermera sea repuesta en su cargo y que determine la corte *a quo* el salario que se le debe, y los daños y perjuicios que le corresponden.

Como puede verse, el Título VII otorga una protección adecuada en este caso,

(61) *Kenny v. Ambulatory Centre of Miami*, 400 So.2d 1262, Fla.App. 1981.

(62) *Right to Refusal*. - *Nothing in this section shall require any hospital or any person to participate in the termination of pregnancy, nor shall any hospital or any person be liable for such refusal. No person who is a member of, or associated with, the staff of a hospital nor any employee of a hospital or physician in which or by whom the termination of pregnancy has been authorized or performed, who shall state an objection to such procedure on moral or religious grounds, shall be required to participate in the procedure which will result in the termination of pregnancy. The refusal of any such person or employee to participate shall not form the basis for any disciplinary or other recriminatory action against such person.* Fla.Stat. 458.22(5) (1977).

(63) *TWA v. Hardison*, 432 U.S. 63 (1977).

pero el tribunal no deja de tener en cuenta de alguna manera la existencia de una cláusula de conciencia estatal que aboga por la misma solución.

La decisión que a continuación se analiza tiene el interés de no haber sido objeto de estudio por los especialistas, dado que es posterior a la publicación de dos de los trabajos específicos en materia de objeción de conciencia al aborto (el trabajo de Durham, Wood y Condie es de 1982; el trabajo de Navarro-Valls es del año 1986).

En noviembre de 1986, Elaine Tramm fue contratada por el Porter Memorial Hospital (PMH) para trabajar como auxiliar de quirófano a tiempo parcial. Su cometido es la limpieza y cuidado del instrumental quirúrgico. Tramm desconocía en el momento de ser contratada que el centro quirúrgico estaba equipado para la realización de abortos, y que de hecho se habían realizado varios. El siete de diciembre de 1986 tomó conciencia de ello, y comunicó a sus superiores que ella era católica y que conforme a sus creencias religiosas se oponía a la preparación de instrumental para realizar abortos, y a manejar restos fetales tras la realización de dichas operaciones. El doce de diciembre de 1986, Marlene Haller (compañera de Tramm con el mismo rango) pide a Tramm que limpie instrumental empleado en una operación de aborto; Tramm accede, temerosa de perder el empleo. Tramm exige posteriormente a sus superiores en el PMH que se le permita firmar la *Conscience Form*, una declaración establecida por las leyes de Indiana⁽⁶⁴⁾ que permite al personal sanitario objetor ser relevado de tareas relacionadas con el aborto. Los superiores de Tramm no le permiten firmar dicho documento y discuten con el administrador del hospital la situación. Este directivo recomienda que en caso de que Elaine Tramm se niegue a las tareas que se le encomienden, se proceda al despido. Por ello, los superiores informan a Tramm de que será despedida si se niega a cumplir sus cometidos, incluyendo la limpieza de instrumental empleado en abortos. Tramm reafirma su negativa y es despedida, demandando a PMH ante los tribunales

(64) *Indiana Conscience Statute*, I.C. 16-10-3-2.

federales(65).

Los fundamentos jurídicos de la demanda son diversos (el Título VII de la *Civil Rights Act*, la Primera Enmienda de la Constitución y la *Equal Protection Clause* en relación con la limitación del *Indiana Conscience Statute* a personal que "participe en" o "asista a" una operación de aborto). Nos detendremos en la primera y última alegaciones, que nos ofrecen un interesante punto de comparación sobre la cobertura de protección que el tribunal otorga a la objeción al aborto por cooperación indirecta.

Tramm considera que el PMH ha infringido las disposiciones del *Indiana Conscience Statute*(66) (ICS) al despedirla por causa de su objeción al aborto. Esta normativa estatal debe integrarse con el reglamento de régimen interno de PMH, que establece que cualquier médico o empleado del Hospital puede negarse a realizar, asistir o participar en un aborto si objeta al mismo por motivos religiosos, éticos o morales. Dicha disposición se aplica sólo a los empleados que de hecho asisten al aborto en el quirófano, y no se aplica a otros empleados. Para el cumplimiento de esta regulación interna, se pondrá a disposición de los médicos o el personal protegido unos impresos especiales en los que formalizarán su objeción(67). El Hospital defiende que esta normativa no obliga para el caso de Tramm, puesto que ella no

(65) *Tramm v. Porter Memorial Hospital et al.*, 128 F.D.R. 666, 1989 U.S. Dist. Lexis 16391 (U.S.Dist.Ct., Northern Dist. of Indiana, Hammond Div, 1989).

(66) *No physician, and no employee or member of the staff of a hospital or other facility in which an abortion may be performed, shall be required to perform any abortion or to assist or participate in the medical procedures resulting in or intended to result in an abortion, if such person objects to such procedures on ethical, moral or religious grounds, nor shall any person as a condition of training, employment, pay, promotion or privileges, be required to agree to perform or participate in the performing of abortions, nor shall any hospital, person, firm, corporation or association discriminate against or discipline any person on account of his or her moral beliefs concerning abortion. A civil action for damages or reinstatement of employment, or both, may be prosecuted for any violation of this section. Indiana Code, 16-10-3-2.*

(67) 1989 U.S. LEXIS 16391, *29.

"asiste" o "participa en" el procedimiento de aborto (criterio de cooperación directa como determinante de la interpretación restrictiva de la ley). Sin embargo, Tramm defiende que la realización de las tareas asignadas (limpieza del instrumental para realizar abortos y manejo de contenedores con restos fetales tras la operación) son acciones necesarias, participación en la operación, y que por tanto merece la protección del ICS. Ante estas alegaciones, el Tribunal se encuentra con una ausencia de precedentes estatales en la interpretación de la norma.

La Corte de Distrito entiende que el ICS se divide en tres supuestos de protección: 1/ participación directa de médicos y personal de un hospital; 2/ participación directa de personal como condición de empleo, ascenso y remuneración; 3/ la discriminación del personal *in genere* a causa de sus convicciones morales acerca del aborto. Respecto de los dos primeros supuestos, no cabe duda de que Tramm no obtiene amparo legal. Respecto del tercero, sí queda protegida la empleada, pero —añade en tribunal— no es una protección diversa de la que establecen de modo genérico el Título VII o la *free exercise clause*.

En cuanto al Título VII, Tramm defiende que su despido es discriminatorio, ya que es consecuencia de sus convicciones religiosas. Recordemos que, en sede de discriminación laboral bajo el Título VII, exige la jurisprudencia la presentación de un *prima facie case* que consta de los siguientes elementos: existencia de una sincera creencia religiosa que choca con las exigencias del empleo, información del trabajador al empleador de la existencia de este conflicto de conciencia y despido o sanción por negarse a cumplir con las exigencias laborales conflictivas⁽⁶⁸⁾. El primer elemento en este caso queda cumplimentado: no se pone en duda la sinceridad de las creencias de Tramm, si bien PMH intenta hacer valer la existencia de un fraude, entendiendo que la objetora está intentando valerse del caso para apoyar el movimiento pro-vida americano al cual pertenece. Pero el tribunal acoge la idea de que la existencia de unas creencias religiosas sinceras basta para cumplir este primer elemento, y que el apoyo de la objetora a movimientos pro-vida, más que restar

Vid. capítulo III, 2.8.

fuerza a esta primera exigencia del *prima facie case*, la reafirma⁽⁶⁹⁾. Los otros dos elementos para la constitución de un *prima facie case* resultan más claros: tanto la comunicación a los superiores del conflicto de conciencia (tres veces) como la existencia de sanción ó despido por dicho conflicto. Una vez que el demandante establece estos elementos, la carga de la prueba recae en el demandado que debe demostrar haber intentado una adaptación razonable hasta el límite del gravamen indebido. En este caso, los demandados no demuestran tal adaptación: las compañeras de Tramm testifican que el empleador se negó a que ellas limpiaran el instrumental en lugar de la objetora y se negó también a considerar alternativas de trabajo para ella. Por tanto, reconoce el tribunal la discriminación religiosa presente en el caso.

El interés de esta sentencia federal radica en comprobar cómo la protección otorgada por el Título VII es más adecuada para las objeciones que suponen la cooperación indirecta al aborto, dado que la cláusula de conciencia federal protege la cooperación directa de personal médico y sanitario, y las cláusulas de conciencia estatales pueden no contener una disposición general de protección contra la discriminación del personal que no está directamente implicado en la realización del aborto.

6.2.2. Bajo cláusula de conciencia.

Marjorie C. Swanson, enfermera anestésista, había intervenido 20 veces en cuatro años en operaciones de esterilización, en el St. John's Lutheran Hospital. En agosto de 1977 actuó como anestésista en un procedimiento de aborto. Sufrió un fuerte choque emocional al observar la extirpación de un feto del útero de la paciente. Sabiendo que cuatro días después debía intervenir en una operación de ligadura de trompas, se dirigió a la dirección del hospital comunicando su negativa a participar

(69) *Those conclusory allegations will not create a dispute as to an issue of material fact. Viewing the facts presented, after trial a reasonable jury would most likely find that Tramm's beliefs are sincere (...) If the defendant were correct and Tramm in fact accepted employment at PMH to facilitate this lawsuit, that would enhance, not detract from, evidence of the sincerity or genuineness of her beliefs.* 1989 U.S.Dist.Lexis 16391 at *9 *10.

en este tipo de procedimientos médicos. Ante su negativa fue destituida en el cargo de enfermera anestesista.

El caso es presentado por la enfermera ante el Tribunal del Distrito de Lincoln, que falla en favor del hospital. En apelación, conoce del caso la Corte Suprema de Montana(70). Este tribunal establece que la objeción de conciencia no necesariamente debe estar conectada o motivada por creencias religiosas. La participación de Swanson en anteriores procedimientos de esterilización no la descalifica para objetar por un cambio posterior de creencias(71). El hecho de que la sustitución de Swanson en la operación hubiera supuesto un costoso gravamen para el hospital (la enfermera sustituta disponible habría de desplazarse más de 990 millas desde su lugar de trabajo) no altera los términos de la legislación: "todas las personas tienen el derecho de rehusar su participación en una esterilización o aborto", con independencia de los inconvenientes que pudieran resultar de la aplicación del derecho protegido.

6.3. Protección de médicos en hospitales con idearios contrarios al aborto.

El caso más conocido es *Watkins v. Mercy Medical Center*(72). El doctor Watkins, miembro de la junta directiva técnica del Mercy Medical Center desde 1967, solicitó de los tribunales federales indemnización de daños e *injunctive relief*(73) después de que el hospital denegara su reelección como miembro de la junta directiva técnica en 1972. Esta denegación estaba motivada porque Watkins no aceptaba las

(70) *Swanson v. St. John's Lutheran Hospital*, 597 P.2d 702 (1979).

(71) *Given the propensity of the human conscience to define its own boundaries and the fact that such boundaries might be widened or limited by experience, it seems natural that a person's conscience of the propriety or morality of a procedure or situation might change from time to time. The right given by statute is unqualified, irrespective of past participation.* Ibid. at 709.

(72) *Watkins v. Mercy Medical Center*, 364 F.Supp. 799 (D.C. Idaho, 1973), *affirmed* 520 F.2d 894 (9th Cir. 1975).

Vid. *ATL injunction*.

Ethical and Religious Directives for Catholic Health Facilities, que desapruban procedimientos de esterilización y aborto en los hospitales confesionalmente católicos. La Corte de Distrito sostuvo que la mayoría de las alegaciones de Watkins carecían de fundamento, concluyendo sin embargo que Watkins tenía cierto derecho bajo la *Church Amendment* a no ser depuesto del cargo por mantener una opinión favorable a las intervenciones médicas de esterilización y aborto.

El hospital —afirma la sentencia— puede prohibir que su personal médico realice ciertas operaciones en su hospital, pero no puede establecer como condición de empleo o de extensión de derechos compartir las creencias religiosas o morales de la institución. Pero igualmente recuerda que siendo el Dr. Watkins libre de pensar lo que quiera, no puede forzar al hospital a que se realicen esas intervenciones en sus instalaciones. Reafirmando la decisión de la Corte de Distrito, el Noveno Circuito dice que el fallo de la Corte de Distrito debe entenderse como reposición del Dr. Watkins en la junta directiva, a condición de que no realice abortos o esterilizaciones en el hospital.

El caso *Watkins* resulta relevante por dos razones: reconoce un derecho del individuo, fundado en la *Church Amendment*, a *injunctive relief*. Segundo, establece un precedente interpretativo de la *Church Amendment*: el hospital no puede rechazar al médico que no comparte el ideario del hospital (*freedom to believe*), pero el médico no puede forzar al hospital a que se realicen abortos en sus dependencias (*freedom to act* favorable al hospital).

VIII. OBJECION DE CONCIENCIA Y EMPLEO DE DROGAS EN RITUALES RELIGIOSOS

1. Introducción.

El presente apartado de la memoria nos introduce en un campo en el que surgen vacilaciones sobre la clasificación del supuesto. Así, Greenawalt, en virtud del particular entendimiento de la objeción de conciencia, duda a la hora de entender el empleo de droga por motivos religiosos como verdadera objeción de conciencia. La razón que argumenta este autor es que no existe para el individuo un deber moral codificado bajo grave pena espiritual de usar una determinada droga; esta adquiere el *status* de elemento de culto, de instrumento más o menos necesario para el ejercicio de su religión. A la vez, Greenawalt sitúa el problema como la búsqueda por parte del "presunto" objetor de una exención para su caso, vía libertad religiosa, frente a lo que denomina una "ley paternalista"(1).

(1) *Although a conscientious objector may not feel certain of the moral rightness of his view, he must believe that performing the required act would probably involve him in a grave moral wrong.* Kent Greenawalt, *Conflicts of Law and Morality*, Oxford University Press (1987), pág. 313 y 320.

Casi todos los autores que estudian las *free exercise exemptions* entienden que el empleo de sustancias sicótropas o sicodélicas en ceremonias religiosas buscan y encuentran en la libertad religiosa (Primera Enmienda constitucional) la respuesta o, al menos, el marco adecuado de tratamiento. La incardinación posterior del supuesto, cara a predecir o analizar el por qué de las decisiones judiciales, es variada. Para algunos, se trata de una cuestión de moralidad u orden público (del tipo de la poligamia de los Mormones o el manejo de serpientes en rituales religiosos pentecostales)(2). Para otros, de una *fattispecie* con tratamiento específico (privilegios normativos para la realización de actos positivos prohibidos, que no para omitir deberes legales)(3). Incluso se estima que la decisión última del supuesto en virtud del *compelling state interest* radicará en la centralidad de la sustancia para la religión o del propio concepto de religión que el tribunal permita o entienda(4).

Sea como fuere, es evidente que todos los interrogantes y opiniones acreditadas se reconducen a un mismo punto: si estamos o no ante una objeción de conciencia. Para aclararlo, hay que tener en cuenta que el particular efecto que la *free exercise clause* produce en objeciones de conciencia omisivas reconocidas jurisprudencialmente, llama a "falsas objeciones" a gozar de un status de privilegio. Es decir: ante una acusación criminal de tenencia ilícita, comercialización o introducción de droga, el acusado puede ampararse en la cláusula de libre ejercicio de la religión como defensa constitucional ante la ley penal. Falsas objeciones aparte, un comportamiento incardinado en una confesión identificable, contrario a la norma criminal, que adopta una conducta central para el ejercicio del culto, bien puede entenderse como objeción. Recordemos que la doctrina norteamericana no realiza una distinción entre conductas activas y omisivas a efectos de conceptualizar la objeción de

(2) Cfr. Donald A. Giannella, *Religious Liberty, Non-establishment, and Doctrinal Development: Part I, The Religious Liberty Guarantee*, en 80 Harv.L.Rev. 1381, 1403 y ss.(1967).

(3) Cfr. J. Morris Clark, *Guidelines for the Free Exercise Clause*, 83 Harv.L.Rev. 327, 361 y ss.(1969).

(4) Cfr. el propio Kent Greenawalt en su trabajo *Religion as a Concept in Constitutional Law*, 72 Calif.L.Rev. 753, 781 y ss.(1984).

conciencia. Además, la comparación —abstracta, si se quiere— con el supuesto *Sherbert*, permite afirmar la presencia de un dilema en la conciencia individual de la mayor gravedad: en el caso *Sherbert*, elegir entre la fidelidad a su conciencia y credo, perdiendo los beneficios estatales; o abandonar sus creencias y convicciones íntimas, para lograr el subsidio de desempleo. En este otro caso, y siempre que la conducta del individuo sea sincera, se le pone también ante la difícil elección de ejercer libremente los actos de culto, exponiéndose a responsabilidad criminal, o abandonar los mismos, quedando libre de tal amenaza. Por otro lado, el "presunto" objetor a la norma criminal pide de esta lo mismo que solicita el objetor religioso en otros supuestos: que se considere el motivo de conciencia (religiosa) como eximente frente a la consecuencia jurídica de la norma penalizadora.

Naturalmente, el encuadre de la cuestión entronca con otras determinaciones distintas: centralidad de determinadas prácticas que suponen el empleo de drogas, distinción de creencia sincera o insincera, actos de culto o individuales o aislados... Todas ellas serán relevantes para estudiar el modo con que entra en juego el *compelling state interest* y las excepciones legislativas.

En otras partes de la memoria apenas se ha realizado un estudio singular de las confesiones religiosas de las que parte la conducta del objetor. Pero la operación jurisdiccional previa que realizan los tribunales sobre la centralidad de la droga en una confesión, el modo de uso, el tipo de sustancia empleada, etc, aconseja que también hagamos un estudio previo del tema.

Por último, es importante tener en cuenta que una decisión de la Corte Suprema de los EUA en materia de empleo de drogas en ceremoniales religiosos (*Smith II*), paralela a la famosa *Sherbert v. Verner*, trastocó —o, al menos, así es por el momento— el entendimiento de las *free exercise exemptions*.

2. Confesiones religiosas y empleo de sustancias psicodélicas en actos de culto.

2.1. La *Native American Church*(5).

El los EUA, la *Native American Church* hace de drogas en sus ceremonias de culto. Esta denominación religiosa agrupa a unos 250.000 indios norteamericanos, descendientes de las principales tribus que ocupaban Norteamérica al tiempo de la colonización europea. La droga empleada en sus ceremonias proviene de las yemas del cactus *peyote* o *peyotl* (esta última es la denominación azteca de la misma planta sagrada), científicamente conocido como *lophophora williamsii* LeMaire.

El culto del peyote permaneció en la oscuridad hasta la mitad del siglo pasado, cuando Quanah Parker, de origen comanche, fue salvado de la muerte por una curandera. Tras esta curación, Parker dejó su familia de Texas y marcha con los Comanches, tomando consigo un poco de la sustancia del cactus que le curó. La curandera le informó de que se trataba de una planta especial, un don del Gran Espíritu que jamás debía tomarse para producir placer sino tan sólo para curar y para cultos religiosos. Parker predicó a los comanches el culto del peyote, en unos momentos en los que el pueblo indio se encontraba destrozado y falto de ideales. Para los indios del culto del peyote, el cactus constituye una planta sagrada, cuya búsqueda —y la posterior elaboración del peyote— se somete también a un ritual religioso. Los rituales del peyote se desarrollan en ceremonias nocturnas, presididas por el "guía del camino", el "jefe cedro", el "jefe del fuego" y el "jefe del tambor". El empleo de peyote fuera de las ceremonias sagradas es sacrílego. Sin el peyote no podrían desarrollarse las ceremonias centrales.

Sociológicamente, la *Native American Church* ha supuesto de alguna manera

(5) Cfr. Walter Houston Clark, *Religious Aspects of Psychedelic Drugs*, 56 Calif.L.Rev. 95-98 (1968); William K. Powers, *Psychedelic Drugs*, 12 The Encyclopedia of Religion 46 y ss., Joseph G. Jorgensen, *North American Religions: Modern Movements*, 10 The Encyclopedia of Religion 544, William K. Powers, *North American Indians: Indians of the Plains*, 10 The Encyclopedia of Religion 496.

un beneficio para los indios norteamericanos, por cuanto las lacras que aquejaban a este colectivo marginado (alcoholismo, abandono de familia, delincuencia) se han visto mitigados en virtud del mensaje moral del movimiento. La pertenencia a la *Native American Church*, o religión del peyote, no viene circunscrita por motivos raciales: pueden pertenecer a ella también blancos.

2.2. La *Church of the New Awakening*(6).

Sobre la base de que las drogas dan escape a la experiencia religiosa, algunos grupos han incorporado a sus cultos el empleo de drogas. Una de las más famosas instituciones en la materia es la *League for Spiritual Discovery*, fundada por Timothy Leary, cuyo *affaire* ante los tribunales tendremos ocasión de examinar.

Dos psiquiatras retirados, John y Louisa Aiken, fundaron en New Mexico la "Iglesia de la Concienciación" (*Church of the New Awakening*), en búsqueda del sentido de la vida, embarcando en su empresa a otros muchos. La sede central del movimiento está en Sacramento. Consideran que las drogas psicodélicas son un medio auxiliar que —adecuadamente empleado— ayudan a llevar una forma de vida religiosa. Puesto que los Aiken eran médicos licenciados tenían permiso para el empleo de mescalina y peyote. Sin embargo, el *status* que la mescalina y el peyote ocupan en los últimos años en la clasificación de sustancias prohibidas por la *Food and Drug Administration* federal, ha llevado a este movimiento a ser más cauteloso en su empleo. Recientemente, incluso, ese departamento federal rechazó la petición de la *Church of the New Awakening* para emplear peyote, basada en el agravio comparativo que supone la exención de la que goza la *Native American Church*.

(6) Cfr. Walter Houston Clark, *Religious Aspects of Psychedelic Drugs*, 56 Calif.L.Rev. 96-97 (1968); Robert S. De Ropp, *Psychology of Religion*, 12 The Encyclopedia of Religion 56-57.

2.3. El movimiento *rastafarian* y la *Ethiopian Zion Coptic Church*(7).

El movimiento *rastafarian* defiende que los negros jamaicanos tienen un remoto origen etíope. Deducen esta raíz racial de lo que interpretan como símbolo bíblico, contenido en el Libro de los Salmos 68:31. En 1953 podía ya hablarse de un cuerpo doctrinal, no estrictamente religioso quizá, cuyos principios fundamentales son: 1/. Los negros fueron exilados a las Indias Occidentales por sus transgresiones; 2/ el hombre negro es superior al blanco; 3/ Etiopía es el paraíso trascendente; 4/ Haile Selassie es la reencarnación divina; 5/ el emperador de Abisinia repatriará a los descendientes de los africanos a la tierra madre; 6/ los negros se vengarán próximamente del hombre blanco obligándole a un humillante servicio. Otros elementos raciales, como el tipo de música (primeramente el *ska* que adoptaron algunos grupos de la *new wave* inglesa y posteriormente el *reggae* de Bob Marley) y el atuendo propio (que origina otros problemas de objeción de conciencia el las cárceles norteamericanas, como el trenzado del cabello a base de *dreadlocks*) completan el marco cultural de este movimiento. Un aspecto particular de la cultura *rastafarian* lo constituye la toxicomanía: una de las prácticas religiosas o cuasi-religiosas es el empleo de *ganja* (marihuana) durante todo el día.

Inscrita de alguna forma en este movimiento étnico, cultural o religioso, se encuentra la *Ethiopian Zion Coptic Church*. Se trata de la denominación adoptada por movimiento religioso (de carácter diverso al cismático del Medio Oriente), afincado en Miami y Jamaica, que en 1989 tenía unos 200 miembros en EUA(8). De algún modo emparentado con él se encuentra la *Aquarian Brotherhood Church*, y algunos otros movimientos filosóficos y/o religiosos.

(7) Cfr. George Eaton Simpson, *Caribbean Religions: Afro-Caribbean Religion*, 3 The Encyclopedia of Religion 95.

(8) *Olsen v. Drug Enforcement Administration*, 878 F.2d 1458, at 1459 (Columbia Cir. 1989).

3. La libertad religiosa como defensa frente a la ley criminal.

3.1. Excepciones legislativas en favor de las prácticas religiosas.

Conforme a la regulación establecida por el *Bureau of Narcotics and Dangerous Drugs* del Departamento de Justicia federal de los EUA, el peyote se encuentra entre las sustancias analizadas de las que se ha determinado un potencial uso ilícito por sus efectos alucinógenos, no justificables terapéuticamente. Sin embargo, la regulación establece una muy limitada exención por motivos religiosos para el peyote, al establecer que la normativa sobre peyote comprendida en la ley (es decir, su clasificación) no se aplicará al uso de buena fe en las ceremonias religiosas de la *Native American Church*(9). No obstante, las personas que facilitan el peyote a esa confesión deben anualmente someterse a control administrativo (un registro especial) y mantener informaciones periódicas sobre facturación y pagos realizados sobre la mencionada sustancia(10). Semejante excepción normativa se recoge en la regulación establecida por la *Secretary of Health, Education and Welfare*(11).

Hasta el año 1973, sólo New Mexico, Montana e Iowa establecieron excepciones legislativas en materia criminal(12), en favor de la *Native American*

(9) La sentencia *Native American Church of New York v. U.S.*, 468 F.Supp. 1247 (D.C.N.Y., 1979), *affirmed* 633 F.2d 205, establece que bajo el capítulo 13 (21 U.S.C.A. § 812) el uso de peyote con propósito ritual cuando el peyote es considerado como una deidad, no es una excepción restringida a la *Native American Church*, organización religiosa de indios norteamericanos, y que por ello la exención criminal puede extenderse a una iglesia o confesión demandante que sea de hecho organización religiosa de buena fe y que emplee el peyote con esas notas de centralidad y culto como deidad. Cfr. 21 USCA § 812 nota 17. (religious uses) y 21 USCA § 811 nota 4.

(10) *The listing of peyote in this subparagraph does not apply to non-drug use in bona fide religious ceremonies of the Native American Church; however, persons supplying the product to the Church are required to register and maintain appropriate records of the receipts and disbursement of the article.* 21 CFR § 320.3

(11) Cfr. 21 CFR § 166.3 (c) (3).

(12) Cfr. *State v. Arizona*, 504 P.2d at 952.

Church. Entre 1985 y 1989 incorporaron excepciones Arizona y Colorado(13). Hasta el año 1990, 23 estados de la Unión habían incorporado a sus ordenamientos —por la vía legislativa o la jurisprudencial— exenciones en las leyes anti-droga en favor del uso religioso del peyote(14).

3.2. Exenciones jurisprudenciales de criminalidad en virtud de la *Free Exercise Clause*. La jurisprudencia del Estado de California.

Los siguientes *Peyote cases* decididos por la Corte Suprema de California, son un dato de cierta autoridad para considerar que, bajo unas circunstancias muy restrictivas, la libertad religiosa puede llegar a ser una defensa válida contra la norma penal sancionadora del empleo de drogas.

Algunos indios navajos, pertenecientes a la *Native American Church* fueron detenidos por tenencia y uso de peyote, mientras se desarrollaba una ceremonia de su confesión. Fueron acusados y condenados por infringir la ley criminal estatal que prohíbe la posesión ilegal de peyote. La Corte Suprema se enfrentó con el caso en apelación(15), y sostuvo que puesto que los demandados emplearon el peyote en ejercicio de buena fe de una creencia religiosa. Puesto que ese empleo religioso de buena fe no frustra el *compelling state interest* —concluye el tribunal— la aplicación de la ley criminal a los objetores limita inconstitucionalmente su derecho de libre ejercicio de la religión bajo la protección otorgada por la Constitución de los EUA, aplicable al caso a través de la Decimocuarta Enmienda. En la fundamentación

(13) Cfr. *Employment Division, Department of Human Resources of Oregon v. Smith*, 110 S.Ct. 1595 (1990), at 1606. Por las indicaciones que da esta decisión, es muy probable que Nuevo Mexico introdujera alguna variación en la excepción legislativa ya existente.

(14) *Moreover, 23 States, including many that have significant Native American populations, have statutory or judicially crafted exemptions in their drug laws for religious use of peyote. Employment Division Dept. of Human Res. v. Smith*, 110 S.Ct. at 1618.

(15) *People v. Woody*, 394 P.2d 813 (1964).

jurídica del caso, la Corte parte de una posición básica que recuerda con mucho (estamos sólo a un año de la cristalización del *Sherbert test*) el modo de proceder del Tribunal Supremo federal: el poder público puede limitar el ejercicio de la religión sólo cuando se demuestre que un interés compulsivo público prima sobre la libertad religiosa del individuo. Esto presupone: la demostración de la naturaleza del peyote y su posición en la religión practicada por los miembros de la *Native American Church*, la prueba de que la ley penal impone de hecho una carga en el libre ejercicio de la religión de los objetores religiosos (por cuanto el peyote no es sólo un símbolo religioso necesario, sino incluso objeto directo de culto como divinidad) y el hecho de que la aplicación de la ley criminal (tal vez "neutral" en sus líneas genéricas) produce un daño a la confesión tal que desincentiva la adhesión y el culto. El tribunal no estimó que el Estado hubiera conseguido demostrar la existencia de un interés primordial que justificara la limitación del libre ejercicio de la religión de los indios. Por otro lado, el tribunal estima absolutamente necesario entrar al examen de la práctica religiosa del objetor, con el fin de determinar si su ejercicio es sincero(16).

En la decisión *In re Grady*(17), la Corte Suprema californiana vuelve, en el mismo día de la decisión anterior, a enfrentarse con la delicada cuestión del peyote. En este caso, se concedió recurso de *habeas corpus* a un sujeto acusado de tenencia ilícita de drogas (peyote). El acusado decía de sí mismo que era un *peyote preacher*, un guía espiritual no adscrito a una confesión determinada. La Corte reenvía el recurso a la corte inferior, indicando que el recurrente no ha demostrado que su creencia religiosa fuera de buena fe u honesta, y que la cuestión que la Corte *a quo* ha de estimar es si realmente el recurrente ejercita de buena fe una religión o

(16) *the court makes a factual examination of the bona fides of the belief and does not intrude into the religious issue at all; it does not determine the nature of the belief but the nature of the defendant's adherence to it. Ibid. at 821.*

(17) *In re Grady*, 394 P.2d 728 (1964).

no(18).

En 1973, la *Court of Appeals* del estado de Arizona fallará sobre otro caso de *peyotism*. Una pareja de recién casados civilmente en California, Janice y Greg Whittingham, se dirige a un edificio particular en Coconino County, fuera de los límites de la reserva india, con la intención de que se bendiga su matrimonio conforme a las ceremonias de la *Native American Church*. Greg no es de raza india, pero Janice dice que su abuelo pertenecía a la tribu de los *Blackfoot*. Durante la ceremonia, presidida por un *Road Chief* y un *Road Crew* venidos de la Reserva India de Navajo para este propósito, irrumpe la policía en el edificio y detiene a todos los asistentes, a los que se acusa de tenencia ilícita de drogas, conforme a la ley vigente(19). La *Superior Court* criminal del condado de Coconino dictó sentencia condenatoria contra los Whittingham, que recurrieron la decisión a la corte de apelaciones del Estado(20), alegando que el empleo de peyote en ceremonial religioso y en virtud de creencias de buena fe está constitucionalmente protegido. La Corte falla en favor de los Whittingham, repitiendo unas significativas palabras de la decisión *Woody*: el derecho de libre expresión de la religión supone una preciosa herencia de la historia de los EUA; en una sociedad de masas que presiona hacia la conformidad de conductas, se hace fundamental la protección de la expresión personal —aunque sea singular o extraña— de los individuos y de los grupos(21). Los

(18) La Corte Suprema de California toma algunos argumentos adoptados por un tribunal de Arizona que determina que la ley sobre narcóticos del Estado no puede aplicarse constitucionalmente a los miembros de la *Native American Church*. La decisión —no compilada oficialmente— se denomina *Arizona v. Attakai*, Criminal No. 4098, Coconino County, July 26, 1960, *appeal dismissed by Arizona Supreme Court*.

(19) Sección 13-1061 [36-1061] de los *Arizona Revised Statutes*.

(20) *State v. Whittingham*, 504 P.2d 950 (1973).

(21) *the right to free religious expression embodies a precious heritage of our history. In a mass society, which presses at every point toward conformity, the protection of a self-expression, however unique, of the individual and the group becomes ever more important. The varying currents of the subcultures that flow into the mainstream of our national life give it depth and beauty.* 394 P.2d at 821.

principales elementos que determinan la decisión judicial son los siguientes: 1/ la confesión religiosa a la que los apelantes se adscriben está asentada doctrinalmente desde hace muchos años; no se trata de un movimiento novedoso y de dudosa estabilidad; 2/ el gobierno federal y algunas legislaciones estatales han reconocido que la religión del peyote ejerce prácticas legítimas; 3/ no existe una sustancial amenaza para la seguridad, salud y orden públicos, por cuanto el peyote es sustancia alucinógena, pero no narcótica o adictiva (al menos, el Estado no ha conseguido demostrar que lo sea); 4/ por último, los argumentos de la Corte Suprema de California en decisiones semejantes apoyan a los apelantes.

Algunas otras Cortes estatales se han pronunciado a favor de la exención por motivos religiosos frente a la ley penal, siempre con referencia a la *Native American Church*. Así, la Corte de Apelación Penal de Oklahoma establece que se considera válidamente *defense* probar en juicio que el uso de peyote está en conexión con la práctica religiosa sincera de la *Native American Church* y que su tenencia no atenta contra la moral, salud y seguridad públicas(22). No así en Oregon, donde se reafirma la aplicabilidad de la norma criminal contra el apelante que consumía peyote por motivos religiosos(23).

(22) *Whitehorn v. State* (Okla Crim. App.) 561 P.2d 539. Cfr. para este, y otros casos, 35 A.L.R.3d supp. 939-951.

(23) *State v. Soto*, 537 P.2d 142 (1975). Los miembros de la *Native American Church* han visto rechazadas sus demandas —objeciones enraizadas en motivos religiosos— sobre diversas cuestiones. Por ejemplo, *New Rider v. Board of Education*, 480 F.2d 693 (10th Cir. 1973), *cert. denied* 414 U.S. 1097 (1973) (sosteniendo la validez de la norma escolar sobre longitud del cabello). En otras ocasiones, la jurisprudencia ha aceptado la exención por motivos religiosos: *Teterud v. Burns*, 522 F.2d 357 (8th Cir. 1975) (exención a la norma de longitud de cabello en la prisión); *Frank v. State*, 604 P.2d 1068 (Ala. 1979) (invalidando la sentencia condenatoria de un indio americano por cazar por motivos religiosos en temporada de veda). Cfr. *Developments.- Religion and The State*, 100 Harv.L.Rev. 1606, 1733-1735 (1987).

4. Situaciones en las que la libertad religiosa "cede" ante la ley criminal.

4.1. Un supuesto de droga "con rostro humano": *Leary v. United States*.

Timothy Leary, o el doctor Leary, es psiquiatra de reconocido prestigio en el país. Obtuvo su *Ph. D. Degree* en la Universidad de California. Entre los años 1944 y 1960 publicó varios trabajos relativos al uso de drogas en el tratamiento de enfermos mentales. En 1950 trabaja en la Kaiser Psychiatric Clinic de Oakland (California). En 1959, después de varios trabajos científicos becados por el gobierno federal, ingresa en la Universidad de Harvard.

En 1960, mientras visitaba Méjico, dice tener una intensísima experiencia religiosa como resultado de la ingestión de "setas sagradas". Aquel incidente cambió su vida. Dedicó sus esfuerzos científicos a la explicación del uso religioso y científico de las drogas. Forma, a su vuelta de Méjico, con Aldous Huxley, un grupo de investigación sobre el empleo religioso de sustancias psicodélicas. En 1962 estudia el hinduismo y se adhiere a una secta hindú. En 1963 abandona la Universidad de Harvard y funda en su propia casa en Millbrook (New York) un centro de investigación científica y religiosa. Marcha a la India (agosto ó septiembre de 1964), donde conoce a Sri Asoke Fukir, y participa en rituales religiosos en los que se consume marihuana con el fin de lograr el "tercer grado de conciencia".

Estas experiencias del Dr. Leary terminan en los tribunales. En 1965 es detenido en la frontera con Méjico al tratar de introducir, ocultas en el cinturón de su hija Susan, en el suelo del coche y en la guantera, tres onzas de marihuana. Se le condena en primera instancia y apela la decisión ante la Corte Federal de Apelación, quinto circuito(24). Alegó, entre otros motivos, eximente de responsabilidad por uso religioso de la droga. Limitaremos, por tanto, el examen de la decisión a este extremo que, a su vez, comprende un argumento estricto de *free exercise exemption* y otro de agravio comparativo respecto de la *Native American Church*.

(24) *Leary v. United States*, 383 F.2d 851 (5th Cir. 1967)

La Corte federal entiende que el interés estatal en la prevención criminal respecto a las drogas se demuestra precisamente en el hecho de las fuertes sanciones criminales que acompañan a las conductas tipificadas. Por otra parte, la decisión *Sherbert* parece suponer que éstas conductas criminales no quedan en modo alguno privilegiadas o purificadas por el hecho de que la intención o móvil sea de carácter religioso(25). Dando por supuesta la sincera creencia del demandante (o, más bien, no entrando a examinar este extremo), el tribunal señala que el uso de droga no es requisito formal exigido por el hinduismo que el apelante practica. No hay, por tanto una centralidad del uso de la droga ni una exigencia moral para el cumplimiento exacto de los preceptos religiosos(26). Por otra parte, el interés estatal en la prevención de la droga —a juicio del tribunal— se vería seriamente dañado, incluso anulado, si se permite la exención por causas religiosas(27).

Hay una serie de razones que mueve al tribunal a rechazar también el argumento que compara la exención legislativa otorgada a la *Native American Church* con el caso presente en sede de *Establishment Clause*. En primer lugar, que si bien el estado de California en 1964 admite la exención jurisprudencial en favor de la *Native American Church* (*People v. Woody*), no es menos cierto que otra decisión (*In re Grady*) establece los límites del ejercicio lícito de la misma: exención circunscrita a una confesión muy concreta. En segundo lugar —y unido al argumento anterior—

(25) *The unlawful transportation, possession and use of marihuana falls within the category of cases cited in Sherbert which require governmental regulation. "Crime is not less odious because sanctioned by what any particular sect may designate as 'religion'" Davis v. Beason, 133 U.S. 333, 345, 10 S.Ct 299, 301, 33 L.Ed. 637 (1890). Ibid. at 860.*

(26) *At most, the evidence shows that it is considered by some as being an aid to attain consciousness expansion by which an individual can more easily meditate or commune with his god. Even as such an aid, it is not used by Hindus universally. Ibid. at 860.*

(27) *The danger is too great, especially for the youth of the nation, at a time when psychedellic experience, "turn on", is the "in" thing to so many, for this court to yield to the argument that the use of marihuana for so-called religious purposes should be permitted under the Free Exercise Clause. We will not, therefore, subscribe to the dangerous doctrine that the free exercise of religion accords an unlimited freedom to violate the laws of the land relative to marihuana. Ibid. at 861.*

que en la confesión india se hace un uso institucionalizado, *bona fide*, del peyote, distinto del uso personal, aun por razones religiosas, que pretende el apelante. Por último, que la fuerza de los precedentes estatales no inclina la balanza hacia la concesión de la exención, si tenemos en cuenta las sentencias *State v. Big Sheep*(28) de la Corte Suprema de Montana, y *State v. Bullard*(29) de la Corte Suprema de North Carolina. Esta comparación entre las decisiones *Bullard* y *Woody*, *prima facie*, es correcta; pero debe tenerse en cuenta una significativa diferencia existente en los motivos o *rationales* subyacentes a las mismas(30).

(28) *State v. Big Sheep*, 243 P.1067 (1926). El apelante, miembro de la *Crow Indian Tribe* fue condenado en el estado de Montana por posesión ilegal de peyote. La Corte de primera instancia rechazó la prueba del apelante de que, siendo miembro de la *Native American Church* durante muchos años, utilizaba el peyote exclusivamente para los rituales "en el culto a Dios según la interpretación de la Sagrada Biblia y conforme a su conciencia"; además, alegó la falta de jurisdicción del tribunal, por cuanto es condenado por un tribunal estatal siendo así que el supuesto ilícito fue cometido en una reserva india. Respecto a la exención religiosa, la Corte Suprema de Montana indicó que la Constitución del Estado proclama el libre ejercicio de la religión, con el límite de no servirse de ella para justificar actos licenciosos o ilícitos, o contrarios al buen orden, la paz o la seguridad del estado. Además, la Corte se apoyó en los argumentos favorables a su tesis contenidos en *Davis v. Beason*, 133 U.S. 333.

(29) *State v. Bullard*, 148 S.E.2d 565 (1966). El presunto objetor dice practicar una sincrética creencia de peyotismo y budismo, habiéndose unido recientemente a la *Neo-American Church*. El empleo de peyote y marihuana son la reencarnación de la divinidad. La Corte indica que algunos hechos probados indican que el empleo de droga no es ejercicio *bona fide* de la creencia, y concluye: *The defendant may believe what he will as to peyote and marijuana and he may conceive that one is necessary and the other is advisable in connection with his religion. But it is not a violation of his constitutional rights to forbid him, in the guise of his religion, to possess a drug which will produce hallucinatory symptoms similar to those produced in cases of schizophrenia, dementia praecox, or paranoia, and his position cannot be sustained here— in law nor in morals.* Ibid. at 569.

(30) *But under this view Woody, which permitted the use of peyote by members of the Native American Church, would seem hopelessly wrong. A simple explanation, and perhaps a dispositive one, can be found in the philosophical distance between California and North Carolina. Whereas North Carolina seemed to intimate that the use of peyote was intrinsically immoral, California treated it strictly as conduct subject to criminal sanction in order to protect the public health. At no point did the California Attorney General raise the question of morality, though he did raise the question of acculturation by suggesting that peyote was the manifestation of tribal culture which stood as an obstacle to Indian adaptation to modern*

Para algunos autores, el caso del Dr. Leary sería la demostración práctica de hasta dónde llega el *compelling state interest* y sus exenciones(31). A partir de 1967, cuando la jurisprudencia se enfrente con casos similares, la referencia a esta sentencia será obligada. Así, por ejemplo, en la decisión *United States v. Hudson*(32), en la que tres sujetos que dicen pertenecer a la religión islámica, son condenados por introducción ilegal de droga en el país, sin que se estime defensa válida los motivos religiosos. Y también en *United States v. Kuch*(33), donde el acusado alega ser ministro religioso de la *Neo-American Church* y presenta pruebas de la naturaleza y prácticas de la organización religiosa, incluyendo el uso religioso de la marihuana y el ácido lisérgico. La Corte federal de distrito entiende que el interés estatal en la plena aplicación de la ley criminal queda adecuadamente determinado en la legislación del Congreso; el *right to be alone* en las propias creencias podría destruir, en este caso, la sociedad.

society. The California Supreme Court rejected this analysis out of hand, for it smacked too much of a paternalistic behaviorism. An indirect attempt by the State to eliminate a lawful, albeit backward tribal ethos is not to be equated with its direct coercive protection of the dominant moral climate of a society. Cfr. Donald A. Giannella, Religious Liberty, Non-establishment, and Doctrinal Development: Part I, The Religious Liberty Guarantee, en 80 Harv.L.Rev. 1381, 1407 (1967).

(31) *Yet if the results in Sherbert and some of its offspring signify a more generous interpretation of the "free exercise" phrase, it may be welcomed in the light of the fundamental question of whether more harm is done to the democratic process by permitting an eccentricity of personal code or behavior, so long as non valid law is broken, than by tramping upon the non-conformist in the interest of the power of majoritarianism (nota a pie 113:) But needless to say, there are limits: thus, in 1973 the Supreme Court dismissed the appeal of defendants in a marijuana case who contended that the use of the drug was part of their religious beliefs, protected by the free exercise clause (Gaskin v. Tennessee, 414 U.S. 886). Dr. Timothy Leary, the stormy petrel of the 1960s and 1970s, has unsuccessfully endeavored to peddle a similar argument earlier. Cfr. Henri J. Abraham, Freedom and The Court, Civil Rights and Liberties in the United States, Oxford University Press, ed.1988, pág. 258.*

(32) *United States v. Hudson*, 431 F.2d 468 (5th Cir. 1970).

(33) *United States v. Kuch*, 288 F.Supp. 439 (D.D.C. 1968)

4.2. Un caso rocambolesco: *United States v. Rush*.

D. Nissenbaum, bajo el nombre de Arkin, compró el 20 de mayo de 1980 un terreno muy cercano al mar en Stockton Springs (Maine). Cinco días más tarde, a nombre de Paula Leurs, se adquirió una propiedad en Deer Isle, con un embarcadero que da al mar abierto y cuatro edificios. Sospechando que ambas propiedades habían sido adquiridas para el tráfico ilegal de drogas, los agentes federales someten ambas propiedades a atenta vigilancia, en agosto de ese año.

En la tarde del 19 de octubre de 1980, se observó una camioneta que salía de la propiedad de Arkin y llega a la finca de Paula Leurs. Doce personas descienden de la camioneta y descargan varias embarcaciones ligeras. A medianoche, se aproxima desde alta mar un buque mercante que, al aproximarse a la tierra, inicia una silenciosa navegación. Las embarcaciones zodiac, tres horas más tarde, inician varias aproximaciones al buque, trayendo a tierra la mercancía embalada en grandes cajas (marihunana) que son transportadas en la camioneta tierra adentro. A las 3:05 de la mañana, los agentes federales y estatales irrumpen en la propiedad de Paula Leurs y se inicia una persecución a través del bosque, tras la cual se detiene a 23 personas que participaron en los hechos anteriores. Una embarcación guardacostas, a su vez, intercepta y detiene al buque mercante.

La Corte Federal de Distrito de Maine condenó a los acusados (15) por posesión de marihuana e intento de distribución, y la sentencia es apelada ante la Corte Federal de Apelación, Primer Circuito(34). Entre las defensas jurídicas esgrimidas en apelación por los sujetos condenados, figura la alegación constitucional de infracción de los derechos de libertad religiosa y de la *equal protection clause*. Respecto de la libertad religiosa, se tienen por probados los hechos siguientes: que la *Ethiopian Coptic Church* es confesión religiosa a los efectos de la protección otorgable por la Primera Enmienda; que el uso de marihuana por parte de los condenados tiene características religiosas, por cuanto viene exigido por la práctica

(34) *United States v. Rush*, 738 F.2d 497 (1st Cir. 1984).

religiosa de la confesión antes mencionada; y que los condenados son miembros de la *Ethiopian Coptic Church* y profesan con sinceridad sus creencias. El enfrentamiento entre acción religiosamente motivada y la ley estatal viene a ser analizado a través de la caracterización de la sentencia *United States v. Lee*, conforme al cual se considera: a/ si la ley debatida interfiere el libre ejercicio de la religión; b/ si la ley debatida es necesaria para el cumplimiento de un objetivo primordial del Estado; c/ si la adaptación estatal a la actuación religiosa interfiere indebidamente con el pleno cumplimiento del interés estatal. Siendo evidente que la ley interfiere el libre ejercicio de la religión, el análisis se centra entonces en examinar el interés estatal en el control del uso y distribución de la droga. Sobre esto, la Corte se remite a la legislación del Congreso, entendiendo que el legislativo ha examinado ya la prueba de los posibles pleitos futuros, y que no permite de alguna forma que posteriormente los jueces examinen la cuestión para evaluar si hay o no un *compelling state interest*(35). La Corte indica también que desde *Leary*, la adaptación a las creencias religiosas que comprenden el empleo de marihuana se ha declarado imposible en la práctica.

Respecto a la aplicabilidad de la *equal protection clause* por comparación con la exención legislativa otorgada a la *Native American Church*, la Corte vuelve a remitirse a la legislación federal: la *peyote exemption* viene sustentada por la historia legislativa reciente, por la voluntad política que subyace a la *American Indian Religious Freedom Act* de respetar y preservar la libertad religiosa de los indios americanos, incluyendo el acceso a lugares de culto y el uso y posesión de objetos considerados sagrados. La *Ethiopian Zion Coptic Church* no puede considerarse en situación similar a la *Native American Church*: no es aplicable, por tanto, la cláusula constitucional alegada.

(35) *In enacting substantial criminal penalties for possession with intent to distribute, Congress has weighed the evidence and reached the conclusion which it is not this court's task to review de novo. Every federal court that has considered the matter, so far as we aware, has accepted the congressional determination that marijuana in fact poses a real threat to individual health and social welfare, and has upheld the criminal sanctions for possession and distribution of marijuana even such sanctions infringe on the free exercise of religion. Ibid. at 512.*

4.3. La "contumaz pertinacia" de Carl Eric Olsen.

Carl Eric Olsen fue condenado por posesión e intento de distribución de drogas por el tribunal de distrito de Jasper (Iowa). Apeló la sentencia condenatoria ante la Corte Suprema del Estado(36). Una de las defensas jurídicas que arguye es que no se informó al jurado de que el motivo de la tenencia de marihuana era sus creencias religiosas: Olsen declaró ser ministro de la *Ethiopian Coptic Church*, a la que pertenece desde hacía tres años; dicha confesión tiene como único rito "sacramental" el uso de marihuana, también llamada *ganja*, la cual —combinada con tabaco— se fuma durante todo el día, colectiva o individualmente, durante los servicios religiosos o fuera de ellos.

Respetando la Corte las exigencias constitucionales contenidas en la decisión de la Corte Suprema federal *Fowler v. Rhode Island*(37), se estima que el credo profesado por Olsen está protegido por la Primera Enmienda, pero que —una vez probada la existencia de una infracción en la libertad religiosa del individuo— se estará a la evaluación del interés estatal. Se remite la Corte a la legislación penal y a los fallos de otras Cortes que se han enfrentado con la cuestión para estimar que existe ese interés primordial.

Agotados todos los recursos estatales, Olsen se dirige a la Corte Federal de Distrito por medio del *habeas corpus*(38), solicitando protección constitucional vía Primera Enmienda. La Corte rechaza las alegaciones de Olsen, con fundamento en las sentencias estatales condenatorias y en los ya múltiples precedentes en materia de uso religioso de marihuana. Similar respuesta dará la Corte Federal de Apelación

(36) *State v. Olsen*, 315 N.W.2d 1 (1982).

(37) *Fowler v. Rhode Island*, 345 U.S. 67, at 69-70 (1953): *Apart from narrow exceptions, such as the advocacy of bigamy, it is no business of courts to say what is a religious practice or activity for one group is not a religion under the protection of the First Amendment. Nor is it in the competence of courts to approve, disapprove, classify, regulate, or in any manner control sermons delivered at religious meetings.*

(38) *Olsen v. State of Iowa*, 649 F.Supp. 14 (S.D. Iowa, 1986).

al recurso de apelación contra el de *habeas corpus*(39).

Reaparece Carl Olsen ante los tribunales tres años después. En esta ocasión recurre ante la Corte Federal de Apelación(40) la resolución administrativa de la *Drug Enforcement Administration* (DEA) que deniega una exención a la ley, que clasifica las drogas y estupefacientes a favor de la *Ethiopian Zion Coptic Church*. Las alegaciones son de características similares a las realizadas en decisiones anteriores, si bien Olsen añade una propuesta normativa que denomina *restrictive religious exemption* para el empleo de marihuana los sábados (día de servicio religioso de la *Ethiopian Zion Coptic Church*, de ocho de la tarde a once de la noche), estableciendo además la permanencia de los miembros en el lugar de culto hasta ocho horas después de los actos, y limitándose el empleo de droga a los mayores de edad que sean miembros en plenitud de la confesión religiosa. La DEA rechazó en su momento esta propuesta reglamentaria, entendiendo que el legislativo no ha previsto, ni siquiera implícitamente, excepciones a la ley general, fuera de los legítimos usos científicos y médicos. La Corte ratifica la resolución de ese organismo oficial. En cuanto a la posibilidad de una exención en virtud de la Primera Enmienda, la Corte encuentra en los testimonios de Carl Olsen una seria contradicción. Aporta Olsen una propuesta normativa o compromiso de la confesión religiosa, conforme a la cual se restringe el empleo de marihuana a lugares y horas determinados; a la vez, los principios propios de la *Ethiopian Zion Coptic Church* autorizan o fomentan (moralmente) el empleo de marihuana durante todo el día. Además esa propuesta limita el uso de droga a los miembros adultos, siendo probado que en años anteriores miembros de la *Zion Coptic* han facilitado droga a individuos ajenos a la confesión, e incluso a menores. La confesión religiosa, por tanto, tiene unos principios primarios con legitimidad moral, sobre los que se superpondrían los propuestos por Olsen, que —al menos para el

(39) *Olsen v. State of Iowa*, 808 F.2d 652 (8th Cir. 1986).

(40) *Olsen v. Drug Enforcement Administration*, 878 F.2d 1548 (Columbia Cir. 1989)

juzgador— no vienen revestidos de la misma fuerza de legitimidad⁽⁴¹⁾. Por otra parte, Olsen confía sus alegaciones a la analogía con la sentencia *Leahy v. United States*⁽⁴²⁾, un caso de objeción de conciencia religiosa donde existía para el gobierno esos *alternative means* de lograr sus objetivos de identificación de automóviles: se podría establecer un acceso restringido, similar a médico o científico, para el uso de la droga; el tribunal rechaza la argumentación. Por último, el apelante vuelve sobre la comparación con la exención legislativa otorgada a la *Native American Church*. En esta ocasión, el tribunal entra a examinar motivos de hecho que justifican denegar la exención para el uso de marihuana: la distinta demanda social de marihuana y peyote, la dificultad de control de su uso y el distinto significado que, para la legislación, tiene una y otra drogas. En definitiva, para la Corte el poder ejecutivo no está obligado constitucionalmente a conceder exención alguna.

4.4. Otras decisiones en la materia.

Anteriormente no ha quedado ilustrado el hecho de que el peyotismo ha sido tratado por la jurisprudencia norteamericana desde principios de este siglo. La decisión *State v. Big Sheep*, de 1926, anteriormente citada es muestra de ello.

La decisión *Woody* del Estado de California no supone, claro está, un camino abierto de justificación de empleo de drogas por motivos religiosos. En *People v. Mitchell*⁽⁴³⁾, la Corte de apelación no tendrá ningún reparo en reafirmar la

(41) *Because the tenets of the Ethiopian Zion Coptic Church endorsed marijuana use every day throughout the day, however, Olsen's proposal for confined use would not be self-enforcing. It is hardly unreasonable to forecast a large monitoring burden in light of evidence that in years past, the church's "[c]hecks on distribution of cannabis to nonbelievers in the faith [were] minimal", there was "easy access to cannabis for a child who had no interest in learning the religion", and "[m]embers [partook] of cannabis anywhere, not just within the confines of a church facility"* *Town v. State ex rel. Reno*, 377 So.2d at 649, 651. *Ibid.* at 1462.

(42) *Leahy v. United States*, 833 F.2d 1046 (D.C.Cir. 1987).

(43) *People v. Mitchell*, 52 Cal.Rptr 884 (1966).

condena penal de un sujeto que emplea marihuana por motivos religiosos, pero sin una adscripción religiosa definida, al igual que en el caso *People v. Collins*(44): estimando que el empleo religioso de marihuana constituía un medio de culto, pero no un objeto, se rechaza una posible discriminación legislativa.

En las sentencias federales *United States v. Hudson*(45) y *United States v. Spears*(46) se niega que la libertad religiosa sea defensa criminal válida para el uso de heroína, marihuana y peyote por parte de seguidores de la religión islámica, o para los *Black Muslim*. Similar fallo se sigue de las decisiones *State v. Blake*(47) y *State v. Rocheleau*(48), referentes al empleo (accesorio) de marihuana en ceremoniales del *hindu tantrism*.

5. Límites y supuestos que caracterizan la exención criminal a los efectos de objeción de conciencia.

Al principio de este sector de análisis, se llamaba la atención sobre la dificultad de entender el concepto de objeción de conciencia aplicable a estos supuestos de conducta criminal. Sin embargo, hay una similitud con el supuesto *Sherbert* que salvaba posibles distancias conceptuales.

¿Bajo qué condiciones admitiría la jurisprudencia la existencia de un derecho a dicha exención? La caracterización del supuesto amparable vía *free exercise exemption*, según la jurisprudencia y legislación examinadas, sería el siguiente:

1. Condiciones institucionales:

(44) *People v. Collins*, 78 Cal Rptr 151 (1969).

(45) *United States v. Hudson*, 431 F.2d 468 (5th Cir. 1970)

(46) *United States v. Spears*, 443 F.2d 895 (5th Cir).

(47) *State v. Blake*, 695 P.2d 336 (1985 Hawaii App.)

(48) *State v. Rocheleau*, 451 A.2d 1144 (1982).

1.1. Existencia de un credo, confesión u organización religiosa estable e identificable. Como hemos tenido oportunidad de ver, en el caso de la *Native American Church*, los tribunales han exigido de la confesión a la que se adscribe el objetor una estabilidad temporal que no haga sospechar de que se trate de un pasajero movimiento pseudo-religioso que emplea drogas(49). A diferencia con otras formas de objeción de conciencia(50), en este caso la desinstitucionalización se hace prácticamente inviable (como es el caso *In re Grady* y en tantos otros), por la inseguridad que el tráfico de drogas supone si no hay un control en la identificación institucional, y por la dificultad que supone distinguir a nivel individual un uso estrictamente religioso de un uso "secular" de la droga(51).

1.2. Límite en el uso de la sustancia, impuesto por la propia confesión: las exenciones jurisprudenciales concedidas, lo han sido en la medida en que la droga se empleaba exclusivamente en los ceremoniales de la *Native American Church*, y que el uso no religioso del peyote es moralmente reprochable.

2. Condiciones de la droga empleada:

(49) Suffice is to say, therefore, that Peyotism is not a twentieth century cult nor a fed subject to extinction at a whim. Most of the members who testified at trial, e.g., were active participants in the Native American Church and had been for years, in fact, in many instances, for decades. The religion is established with a following of several hundred thousand believers. *State v. Whittingham*, 504 P.2d at 952.

(50) Recuérdese, por ejemplo, la sentencia de la Corte Suprema federal *Frazee v. Employment Security Department*, 103 L.Ed.2d 914 (1989), donde el objetor laboral no se adscribe confesión religiosa concreta, sino tan sólo a los principios cristianos relativos al descanso sabático, o las diferencias doctrinales de los testigos de Jehová existentes en las sentencias relativas a hemoterapia *Application of the President and Directors of Georgetown College, Inc.* 331 F.2d 1000 (1964) e *In re Osborne*, 294 A.2d 372 (1972), o incluso la objeción pseudo-religiosa presente en *In re Seiferth*, 127 N.E.2d 820 (1955). Vid. capítulo VI, 2.5.1., 2.5.4 y 3.2.2.

(51) Use in corporate services in which the drug itself is worshiped or in which the drug is used to relate to an independent deity are obviously religious. Individual use for these purposes would also be religious. The borderline between religious and nonreligious use is made particularly complicated here (...) Cfr. Kent Greenawalt, *Religious as a Concept in Constitutional Law*, 72 Calif.L.Rev. 753, 780 (1984).

2.1. Condiciones en relación con la institución religiosa: es decir, que la sustancia empleada ha de tener un carácter central para esa creencia, de modo que no pueda llevarse a cabo sus ritos si no se cuenta con su uso. No es lo mismo un empleo central de la sustancia que un empleo accidental, como ayuda para alcanzar "nuevos estados de conciencia", por ejemplo.

2.2. Condiciones de la sustancia misma: del peyote sabemos que no resulta una droga atractiva, comercializable. Su sabor amargo, desagradable, desincentiva su empleo⁽⁵²⁾. Puede considerarse al margen del tráfico ilegal de drogas. Incluso podría decirse de ella, cara al ordenamiento, que se trata de un *malum prohibitum* y no de un *malum in se*, según Giannella⁽⁵³⁾. La sustancia debe estar prohibida por motivos de protección preventiva de la salud, pero se puede decir que su uso es un mal menor.

(52) *Not only does the Church's doctrine forbid nonreligious use of peyote (...) (nota no. 7): the use of peyote is, to some degree, self-limiting. The peyote plant is extremely bitter, and eating it is an unpleasant experience, which would tend to discourage casual or recreational use. (...) E. Anderson, "Peyote: The Divine Cactus" 161 (1980): ("[T]he eating of peyote usually is a difficult ordeal in that nausea and other unpleasant physical manifestations occur regularly. Repeated use is likely, therefore, only if one is a serious researcher or is devoutly involved in taking peyote as part of a religious ceremony") Employment Division Dept. of Human Resources v. Smith, 110 St.Ct. at 1619 (1990).*

(53) Cfr. Donald A. Giannella, *Religious Liberty, Nonestablishment and Doctrinal Development. Part I.- The Religious Liberty Guarantee*, 80 Harv.L. Rev. 1381, 1407-1409 (1967).

6. Repercusiones de la decisión *Smith II*.

El caso surge cuando Alfred Smith y Galen Black solicitan subsidio de desempleo al correspondiente departamento estatal. Habían sido despedidos de un organismo privado de rehabilitación de toxicómanos por ingerir peyote en las ceremonias de la *Native American Church*. Se les deniega el subsidio, por cuanto el organismo oficial considera que el despido ha sido procedente, motivado por una conducta reprochable. Tras diversos avatares en las Cortes estatales, finalmente la Corte Suprema del estado de Oregon falla en favor de los despedidos, estimando que si bien el uso de religioso de peyote infringe la ley anti-droga estatal, sin embargo dicha prohibición legal es contraria a la Primera Enmienda de la Constitución Federal. En recurso de *writ of certiorari*(54), la Corte Suprema Federal(55) falla a favor de la plena aplicabilidad de la ley estatal e indica que ésta no infringe la *Free Exercise Clause*.

A los efectos que ahora interesan, conviene observar que se trata de un caso formalmente paralelo al que en 1963 se decidiera en favor de Adele Sherbert. Las diferencia material fundamental en esta ocasión es que la conducta religiosa está penalmente proscrita y que la ley criminal no dejaba un margen de discrecionalidad al poder ejecutivo que le permita discriminar la religión(56). La Corte Suprema parece sugerirnos que en el caso de que una conducta esté sancionada criminalmente, no es planteable (ante la jurisprudencia) la infracción de la libertad religiosa por

(54) Vid. ATL.

(55) *Employment Division, Department of Human Resources of Oregon v. Smith*, 110 S.Ct. 1595 (1990). Se denomina a esta sentencia como *Smith II*, por cuanto la Corte Suprema en 1988 reenvió el caso con el fin de que la corte de Oregon decidiera si era legal el uso de peyote en el Estado.

(56) *Even if we were inclined to breathe into Sherbert some life beyond the unemployment compensation field, we would not apply it to require exemptions from a generally applicable criminal law. The Sherbert test, it must be recalled, was developed in a context that lent itself to individualized governmental assesment of the reasons for the relevant conduct. Ibid. at 1603.*

medio del *compelling state interest*.

Las principales consecuencias que se extraen de la decisión *Smith II* son las siguientes:

1. Se cierra el camino para que la jurisprudencia evalúe la aplicabilidad de la teoría de las *free exercise exemptions* al campo del uso de drogas por motivos religiosos. La sanción criminal que recae sobre esas conductas es determinante. No cabe la objeción de conciencia *contra legem* (según una terminología ya tradicional), por cuanto el objetor no encontrará en la jurisprudencia ese "ámbito de excepción" que viene buscando con el fin de poder actuar conforme a conciencia religiosamente informada⁽⁵⁷⁾.
2. La única vía que se deja intacta es la legislativa: no se atenta contra ella ni se predica que infrinja el límite de la *establishment clause*, como se deduce de las palabras del ponente, J. Scalia: "así también se puede esperar de una sociedad que cree en la protección negativa de la libertad religiosa que sea solícita por el factor religioso en su legislación. Por ello, no es desconcertante el hecho de que algunos estados hayan establecido una excepción en sus leyes sobre droga en favor del uso sacro de peyote (...) Pero decir que se permite una práctica religiosa no discriminatoria, o que al menos es deseable, no es decir que sea constitucionalmente exigida ni que corresponda el discernimiento de su ocasión propicia a los tribunales. Más bien debe decirse que dejando la adaptación (religiosa) al proceso político colocaría en una relativa desventaja a aquellas prácticas religiosas que no son ampliamente compartidas, pero esta inevitable consecuencia del gobierno democrático

(57) También se ordena a las Cortes inferiores que eviten entrar a examinar la centralidad de las creencias religiosas con el fin de evaluar el peso de la objeción alegada: *Repeatedly and in many contexts, we have warned that courts must not presume to determine the place of a particular belief in a religion or the plausibility of a religious claim. Ibid. at 1604.*

es mejor que un sistema en el que cada conciencia se hace ley para sí misma"(58). Por tanto, se transfiere la objeción religiosa al campo político y legislativo.

3. Si la regulación legal del uso sacro de sustancias calificadas como droga se conduce a la legislación, entonces la desuniformidad entre los Estados se hace insalvable; la vía judicial conducía más fácilmente a la equiparación de trato entre Estados. De este modo, se hace realidad del pronósticos de Giannella en la materia(59), toda vez que la Corte Suprema no ofrece criterios de evaluación(60).

(58) (...) *so also a society that believes in the negative protection accorded to religious belief can be expected to be solicitous of that value in its legislation as well. It is therefore not surprising that a number of States have made an exception to their drug laws for sacramental peyote use. (...) But to say that a nondiscriminatory religious-practice exemption is permitted, or even that it is desirable, is not to say that it is constitutionally required, and that the appropriate occasions for its creations can be discerned by the courts. It may be fairly said that leaving accommodation to the political process will place at a relative disadvantage those religious practices that are not widely engaged in; but that unavoidable consequence of democratic government must be preferred to a system in which each conscience is a law unto itself (...)* Ibid. at 1606.

(59) (...) *the resulting lack of uniformity may simply be inevitable in our federal system. For example, all states may no seek to ban the use of peyote and marijuana, or some may prohibit their use but exempt religious practices from the ban. Of course, this variety of treatment could be minimized somewhat if the Supreme Court were to place limits on the types of offenses which can be considered mala in se for the purposes of the free exercise clause. In making this determination, the Court might look to the number of states that do not criminally prohibit the particular activity. Cfr. Donald A. Giannella, Religious Liberty, Nonestablishment and Doctrinal Development. Part I.- The Religious Liberty Guarantee, 80 Harv.L. Rev. 1381, 1409 (1967).*

(60) Por paradójico que pueda parecer, en el Estado de Oregón, donde se originó el caso *Smith*, la Gobernadora Barbara Roberts ratificó una ley que permite el uso ritual de peyote en junio de 1991. Cfr. *Notes on Church-State Affairs*, 33 JCS 859-860 (1991).

IX. OBJECIONES DE CONCIENCIA AL JURAMENTO Y AL JURADO

1. Introducción. Criterio de clasificación.

Dada la escasa casuística que las Cortes estadounidenses han producido sobre estas objeciones de conciencia, se opta por hacer un análisis conjunto de ambas. Bien entendido que, en realidad, no existe un criterio común que justifique tal opción. Quizá la única relación que podríamos establecer entre ellas sea la de entender que, por parte del objetor, suponen el deber de juzgar o representar a la comunidad en sus juicios, y a la vez poner a Dios por testigo de determinadas afirmaciones. La conducta del objetor es, pues, una reacción ante un mandato estatal contrario al entendimiento literal de textos sagrados. Y por parte del poder público, se presentan dos deberes del ciudadano incardinados, genéricamente, en la administración de justicia: el deber cívico de formar parte del jurado, tan propio del sistema jurisdiccional americano, y el deber de prestar declaración bajo juramento (o promesa) como garantía de veracidad de lo que se declara.

Ciertamente, ni siquiera bajo este criterio es sistemáticamente correcto un tratamiento unitario de ambas modalidades de objeción de conciencia. Por tanto, permítaseme la licencia de estudiarlas conjuntamente, aunque sólo sea para huir del

criterio negativo de incluirlas en una especie de "miscelánea", en el capítulo dedicado a la objeción a normas administrativas.

2. Objeción de conciencia al jurado.

Se entiende por jurado(1) en EUA un número específico de ciudadanos llamados a juzgar sobre diversas cuestiones de hecho en un procedimiento legal. El jurado en su forma más común, se diversifica en las figuras del *grand jury* y el *petit jury*. El primero escucha la prueba y determina si una persona debe ser procesada. El segundo decide sobre la culpabilidad ó inocencia, tanto en la jurisdicción civil como en la penal. El Artículo III de la Constitución Federal ordena la presencia de los jurados en causas penales(2). El derecho al jurado se repite en la Sexta Enmienda de la Constitución, que garantiza al acusado "un juicio público, por un jurado imparcial"(3). La Séptima Enmienda protege el derecho al jurado en los procesos civiles de cuantía superior a 20 dólares. En 1968, la Corte Suprema extendió la norma a los casos penales estatales, por cuanto estimó que el jurado es un elemento fundamental de la estructura de la justicia americana. La selección del jurado debe ajustarse a la normativa constitucional y legal, y debe hacerse de forma que no se excluya sistemáticamente a ningún sector de la población, aunque un jurado concreto no tiene por qué reflejar proporcionalmente a toda la comunidad. El *venire* (panel o conjunto de personas seleccionadas para prestar servicio en el jurado)(4) se extrae

(1) Cfr. VV.AA. *The Constitutional Law Dictionary*, ABC-CLIO, California, 1985, vol. I, pág. 431-432 y 418.

(2) *Article III.- Section 2. (...) The Trial of all Crimes, except in cases of Impeachment, shall be by jury; and such Trial shall be held in the State where the said Crimes shall have been committed; but when not committed within any state, the Trial shall be at such Place or Places as the Congress may by Law have directed.*

(3) *Amendment VI.- In all criminal prosecutions, the accused shall enjoy the right to a speedy and public trial, by an impartial jury of the State and district wherein the crime shall have been committed (...).*

(4) Cfr. Bryan A. Garner, *A Dictionary of Modern Legal Usage*, Oxford University Press, 1987, pág. 562.

por azar de una lista de votantes dentro de la división político-territorial. Una vez establecido el *venire*, se procede al *voir dire* o examen de los miembros para comprobar su imparcialidad. Los jurados normalmente están compuestos de 12 personas, pero en algunos Estados se permiten jurados de menor composición en causas criminales ó civiles. Los jurados federales civiles pueden estar compuestos por menos de 12, mientras que los jurados federales penales siempre se compondrán de 12 ciudadanos. En las causas criminales no se exige la unanimidad del jurado. Los ideales subyacentes en el jurado (garantía de imparcialidad y emanación de los poderes del pueblo soberano) se han visto de alguna forma erosionados por las decisiones del Tribunal Supremo de los EUA de los sesenta y setenta(5).

En todo caso, el sistema de jurado es un derecho de la Sexta Enmienda en los procesos penales, una institución fundamental en el sistema judicial angloamericano. Por tanto, el Estado tiene de algún modo el derecho a exigir a sus ciudadanos el deber de formar parte de él. Sin embargo, si se dan ciertas condiciones, el juez puede excusar a un miembro del jurado antes de prestar juramento. La objeción religiosa es una de esas circunstancias personales que eximen del deber legal, en virtud del *case law*(6) que, en esta materia, vamos a examinar a continuación.

(5) *Apodaca v. Oregon*, 406 U.S. 404 (1972)(permitiendo la condena penal por jurado no unánime); *Ristaino v. Ross*, 424 U.S. 589 (1976)(si la parte demandada puede dirigir al jurado en *voir dire* preguntas sobre la prejuicios raciales; *Swain v. Alabama*, 380 U.S. 202 (1965)(sobre la selección del jurado representando la raza de la población de un estado).

(6) *While it is conceivable that the status of religious belief as a ground for exemption or excuse from jury service might be covered by express statutes, no case involving the interpretation of such an enactment has been found;... 2 ALR3d 1392 at 1393, R.A. Vinluan, Religious Belief as Ground for Exemption or Excuse From Jury Service.*

2.1. Objeción de conciencia al jurado bajo un régimen ajeno al *balancing test*.

En 1823, la Corte Suprema de *South Carolina* falló en favor de un objetor religioso en la sentencia *State v. Wilson*(7). En ella, un miembro de una pequeña confesión cristiana poco conocida (los *Covenanters*) se niega a servir en el *grand jury* por motivos religiosos y dirige una apelación a la Corte Suprema del estado en forma de *test case*. La Corte rechaza unánimemente la alegación del objetor, explicitada en términos de exención por motivos religiosos(8). Además, la Corte indica que debe exigirse a todas las confesiones una pronta obediencia a las leyes del país y conmina al *Covenanter* a obedecer a los poderes temporales establecidos. Expresa también la preocupación de que si se permiten exenciones a objetores sinceros, se abriría una puerta a reclamaciones hipócritas. Curiosamente, como apunta McConnell, la Corte no cita en ningún momento la disposición de libertad religiosa contenida en la Constitución del Estado.

Es preciso esperar a 1943 para analizar otro nuevo caso jurisprudencial de objeción de conciencia al jurado. Se trata de la sentencia *United States v. Hillyard*(9), dictado por una Corte Federal de Distrito. E. Hillyard, testigo de Jehová, se niega a tomar parte del jurado de conformidad con la interpretación literal del Libro del Exodo 20:3, 4 y 5. El demandante basa la defensa legal de su desacato a la Corte alegando la Primera Enmienda constitucional. La ausencia de precedentes federales en la materia, lleva al juez Schwellenbach, dejando constancia de la

(7) *State v. Wilson*, 13 S.C.L. (2 McCord) 393 (1823). He tenido conocimiento de esta decisión a través de *State v. Everly*, 146 S.E.2d 705 at 707 (1966) y Michael W. McConnell, *The Origins and Historical Understanding of Free Exercise of Religion*, 103 Harv.L.Rev. 1410, 1510-1511 (1990).

(8) *A fixed & scrupulous moral objection to the discharge of a duty required by law, which springs conscientiously from the religious tenets of a man, amounts to a justification for refusing to perform the duty so required*. *State v. Wilson*, 13 S.C.L. (2 McCord) 393 at 394.

(9) *United States v. Hillyard*, 52 F.Supp.612 (E.D.Washington, 1943).

sinceridad de creencias del demandado(10), a realizar un análisis histórico de los escritos de James Madison (esencialmente, *Memorial and Remonstrance*) y de Tomas Jefferson, entendiendo implícitamente que la cláusula de libertad religiosa permite las exenciones a la normativa estatal dentro del límite de la paz y el orden público(11). Dado que tales límites no se infringen por esta aislada exención, y a pesar de considerar pintoresca la objeción de Hillyard, el fallo es favorable(12).

2.2. Objeción de conciencia al jurado a la luz de la decisión *Sherbert*.

El caso moderno principal en la cuestión es *In re Jenison*. Mrs. Jenison fue seleccionada para tomar parte en un jurado, pero antes de prestar juramento declaró que estar en él y cumplir sus funciones contrariaba sus creencias religiosas, ya que el Nuevo Testamento ordena en el Evangelio de San Mateo (7:1): "No juzguéis y no seréis juzgados". Este mandato le impedía moralmente cumplir con el deber legal. La Corte Suprema de Minnesota no excusó a Jenison de servir en el jurado, al sostener que el este deber normativo no prohíbe el libre ejercicio de la religión, y que la negativa a tomar parte en el jurado "es incongruente con la salvaguarda de la paz y la seguridad en el Estado"(13). El deber del jurado, para la Corte, está revestido de una especial importancia: "No hay un concepto en nuestra tradición anglosajona más firmemente establecido, o más integral en nuestra herencia democrática que el

(10) *While the defendant demonstrated his sincerity by expressing his willingness to submit to whatever punishment the court should impose, I felt that his refusal constituted such a challenge to the authority of the court as to require more formal inquiry and consideration.* 52 F.Supp. at 612.

(11) Conforme a las genéricas limitaciones establecidas por las Constituciones de estados originarios de la Unión; en concreto, New York, New Hampshire, Georgia, Delaware, Maryland, Massachusetts, New Jersey, Rhode Island y South Carolina.

(12) *While I cannot understand defendant's reasoning and cannot accept his conclusion, I must admit that his refusal to serve does not amount to a breaking out "into overt acts against peace and good order" I have no fear that the prestige of this court will be diminished by this result.* 52 F.Supp. at 615.

(13) *In re Jenison*, 120 N.W.2d 515 at 517 (1963).

derecho de todo ciudadano de ser juzgado por un jurado compuesto por sus iguales. La exención de este deber invita o permite la erosión de cualquier otra obligación de los ciudadanos hacia su comunidad y hacia su país"(14). La Corte denegó la petición de Jenison, indicando que tal exención sólo podría provenir del legislativo, tal como ocurre con la objeción de conciencia al servicio militar(15). De nuevo aparece, al denegar una Corte la exención vía primera Enmienda, la remisión del problema al legislativo: la historia se repite años más tarde en la decisión *Smith II*. También llama la atención ese paralelismo entre la objeción militar legislativa y el rechazo del servicio al jurado, paralelismo que viene determinado por la naturaleza de lo que se rechaza: no un simple deber normativo, sino un deber político (defensa/justicia) hacia el Estado.

Mrs. Jenison se dirige a la Corte Suprema Federal en recurso de *writ of certiorari*. Mientras este caso estaba pendiente, la Corte Suprema decidió *Sherbert v. Verner* que, como es natural, influye decisivamente en este otro: el caso Jenison es reenviado a la Corte Suprema estatal para que reexamine la cuestión a la luz de la doctrina contenida en *Sherbert*. La Corte de Minnesota cambia radicalmente su decisión anterior: "Consecuentemente, sostenemos que mientras no se demuestre que la invocación a la Primera Enmienda suponga una seria amenaza al funcionamiento del sistema de jurado, cualquier persona a quien sus convicciones religiosas le prohíban prestar servicio en él, quedará desde ahora exenta"(16). Tan sólo preocupa a la Corte, *in genere*, la determinación previa de la sinceridad de las creencias del objetor, cosa que en este caso considera resuelta en la medida en que exista una confesión religiosa que garantiza con su código moral este extremo(17).

(14) *Ibid.* at 518.

(15) *We believe that if a citizen is to be relieved of jury duty for reasons of religion or conscience, his exemption should be extended by the legislature as in the case of the conscientious objector.* *Ibid.* at 519.

(16) *In re Jenison*, 125 N.W.2d 588 at 589 (1963).

(17) *Nor are we able to suggest future guidelines for ascertaining in particular cases whether or not the First Amendment is being invoked with sincerity. Where a juror is a*

West Virginia v. Everly(18) eximió a un ministro Testigo de Jehová del deber legal del jurado, al considerar el objetor "que formar parte del jurado es contribuir a la maquinaria del reino temporal". El objetor consideraba que estaba facultado para resolver las controversias surgidas en el seno de su confesión en calidad de ministro de la misma, pero no podía intervenir en el "juicio del reino mundanal o temporal". La decisión tiene el interés de ofrecer un buen resumen histórico de la jurisprudencia sobre la objeción de conciencia al jurado.

En algunos casos, también se ha eximido a los objetores cuando el juicio comienza en el día de reposo de la confesión del miembro del jurado: así ocurre, por ejemplo, en la sentencia *Grech v. Wainwright*(19), de 1974. Se trata de la resolución de un *writ* de *habeas corpus* solicitado por un prisionero, que entiende inválido el procedimiento penal por el modo de selección del jurado. En concreto, el juez instructor excusó a los candidatos judíos al jurado de este deber, porque el proceso contra el acusado, Salvatore Charles Grech, comenzaba en la festividad religiosa del Yom Kippur. El motivo que adujo el *trial judge* fue que al igual que se excusa a candidatos al jurado por causas médicas o impedimentos físicos (médicamente avalados) cabía esta exención por motivos religiosos. La Corte entiende que, aun siendo axiomático que el demandante tiene derecho a un jurado que refleje la composición racial, étnica o religiosa de una comunidad, la fuerza de precedentes federales en similar supuesto(20) avala dicha solución.

member of a faith which includes as a part of its dogma a prohibition against jury duty, the problem is relatively simple. It becomes more difficult when a personal religious conviction, unrelated to any sectarian creed, is claimed. Suffice is to say that trial courts will have to determine in each instance, with whatever evidence is in hand, whether or not the assertion of a belief which is protected by the First Amendment is in fact a spurious claim. 125 N.W.2d at 590.

(18) *West Virginia v. Everly*, 146 S.E.2d 705 (1966).

(19) *Grech v. Wainwright*, 492 F.2d 747 5th Cir. 1974).

(20) *United States v. Suskin*, 450 F.2d 596 (2d Cir. 1971): la *Jury Selection æ Service Act* de 1968 no se ve infringida por excusar a los judíos, por causa de festividad religiosa, del servicio del jurado. Con anterioridad a esta ley de 1968, la redacción de la norma

El acusado en los casos penales puede rehusar el proceso con jurado en virtud de sus convicciones religiosas. Así, el juicio puede tener lugar sólo con juez o magistrados si el acusado sostiene que según su religión sólo puede ser examinada su causa por jueces profesionales. *United States v. Lewis*(21) es el ejemplo clásico de esta exención: los demandados, acusados de *involuntary servitude* a menores, alegaron que las normas procedimentales sobre jurado en procesos penales(22) infringían la libertad religiosa: según las creencias religiosas de los demandados, el Pentateuco enseña que Dios ha establecido a los jueces, escogidos entre los hombres más valiosos de la comunidad, para resolver las controversias de los pueblos y juzgar a los individuos. Y, sin embargo, la ley procesal criminal establece una traba al ejercicio de la creencia religiosa de los demandados, por cuanto se condiciona el juicio sin jurado al veto gubernativo que es, en definitiva, quien decide sobre la cuestión. El Tribunal deja constancia del debilitamiento del requisito del jurado a partir de 1930(23), para analizar un problema de infracción religiosa según el *balancing test* que resulta de la estructura de análisis refundida de las decisiones de la Corte Suprema *Yoder, Braunfeld y Thomas*. Alcanza este análisis su punto fundamental en materia de *compelling state interest*, puesto que las anteriores barreras

establecía la posibilidad de excusar del jurado si existía una causa razonable o justa (*good cause*, cfr. 28 USCA § 1863), lo que situaba a la cuestión en un problema de discriminación por motivos religiosos muy al estilo de la decisión *Sherbert*. La excusa del jurado por motivos religiosos puede considerarse doctrina sólida si tenemos en cuenta la decisión *United States v. Pappas*, 639 F.2d 1 (C.A.N.H. 1980); *certiorari denied*, 101 S.Ct. 1988, 451 U.S. 913.

(21) *United States v. Lewis*, 638 F.Supp. 573 (1986).

(22) *Cases required to be by jury shall be so tried unless the defendant waives a jury trial in writing with the approval of the court and the consent of the government.* Fed.R.Crim.P. 23(a). En la práctica, esto supone que el demandado en procesos penales que desee que el proceso se conduzca sin jurado, deberá realizar dicha renuncia: 1/ consciente y libremente (para asegurar un proceso con todas las garantías); 2/ dejar constancia de su renuncia por escrito; 3/ recibir dicha renuncia aprobación de la Corte competente en el caso; 4/ recibir dicha renuncia aprobación gubernativa (cfr. 638 F.Supp. at 576).

(23) *Patton v. United States*, 281 U.S. 276, 50 S.Ct. 253, 74 L.Ed. 854 (1930).

del *test* son superadas favorablemente para los objetores(24). El gobierno alega, entre otros intereses, que son *compelling*: la representación del pueblo que se opera a través del jurado (especialmente en juicios sobre familia, derechos de los menores y esclavitud) garantizando la imparcialidad; y el evitar la sobrecarga de trabajo de los juzgados federales mediante la ayuda práctica del jurado. Respecto del primer interés, la Corte indica que el jurado no es elemento esencial del derecho al proceso debido, como manifiestan las propias leyes del estado de Michigan (donde se desarrolla el supuesto). Más que como órgano de expresión de una justicia emanada del pueblo, el jurado aparece —dice el Tribunal— como garantía para el acusado para evitar la presión del poder. Garantía a la que, en este caso, el acusado puede renunciar, respetando a la vez el principio de una justicia emanada del pueblo en virtud de la presencia del juez imparcial que representa a la comunidad. También se desestima la segunda alegación —sobrecarga de los tribunales— en virtud de lo limitado que la exención supone (exención del veto gubernamental en virtud de creencia religiosa afectada), y por la propia experiencia del juez ponente (en general, muy pocas veces dice haberse encontrado con acusados que renuncien, por diversas razones, al jurado; no cree que pueda llegar a ser una "práctica procesal estratégica" extendida).

Como estas exenciones descansan en la doctrina del *Sherbert test*, no es aventurado pensar que la decisión *Smith II* afecte desfavorablemente a estas exenciones (que lo son de leyes neutrales *primo effecto*).

El choque entre la institución del *contempt of court* y alegaciones de libertad religiosa se ha dado en otras supuestos y decisiones jurisprudenciales(25). Sin

(24) Interesa dejar constancia de que la Corte adopta el concepto *hard choice* para describir la elección a la que queda sometido el objetor religioso entre el cumplimiento de la norma o la fidelidad a las propias convicciones: *Statutes or regulations which unduly interfere with an individual's religious belief generally present the individual with a "hard choice"*. 638 F.Supp. at 578.

(25) Así, en la década de los ochenta, tengo constancia de las siguientes decisiones: *Community for Creative Non-Violence v. Heiss*, 745 F.2d 697 (D.C.Cir 1984) (se permite a los miembros de dicha comunidad o grupo no levantarse cuando entre la corte en el recinto

embargo, al carecer de un nítido carácter de objeción de conciencia en el comportamiento, es preferible dejar simplemente constancia de su existencia.

3. Objeción de conciencia al juramento.

Un componente integral del proceso jurisdiccional es la toma de juramento. Tradicionalmente, el juramento invoca el nombre de Dios, a quien se pone por testigo, garante y último juzgador de la verdad que se declara. Obviamente, el juramento requiere para su real eficacia que el que presta el juramento crea en Dios. Por tanto, la objeción al juramento surge de personas agnósticas, de aquellos que son ajenos a la tradición judeo-cristiana e islámica, pero también de los cuáqueros y menonitas, para quienes los cristianos deben decir siempre la verdad, sin necesidad de recurrir al juramento —contrario a la Sagrada Escritura—, conforme a las enseñanzas de Jesucristo ("pero Yo os digo: no juréis ni por el Cielo, porque es Trono de Dios, ni por la tierra, que es Su escabel, ni por Jerusalén, que es la ciudad del Gran Rey" Mateo 5:33-37) y con el fin de no establecer implícitamente una doble verdad⁽²⁶⁾. Las Cortes normalmente se han adaptado a las convicciones religiosas de los objetores permitiendo realizar meras "afirmaciones" en lugar de juramentos, permaneciendo la pena de perjurio en caso de falsedad. Pero la adaptación no ha ido más allá, al menos en algún tribunal federal; es decir, no puede eludir la deposición bajo "afirmación"⁽²⁷⁾.

en que se desarrollan las vistas); *Ex Parte Krupps*, 712 S.W.2d 1444 (Tex.1986) (entiende lo contrario: no es defensa contra el *contempt of court* por no levantarse al irrumpir la Corte el derecho de libertad religiosa); *Tennessee v. Hodges* (Tenn.Ct.Crim.App. March 22, 1984, 4 RFR 144) (entiende no constitutivo de *contempt of court* la presencia ante la Corte de un hombre vestido, decía que por motivos religiosos, con chaqueta de piel, falda, y ornamentado con un cráneo de antílope, un cráneo de hombre y huesos de mandíbula de diversos animales).

(26) Cfr. *Faith and Practice: A Book of Christian Discipline*, Philadelphia: Philadelphia Yearly Meeting of the Religious Society of Friends, 1955, 1972, 1984 reprint, p.20.

(27) *Gordon v. Idaho*, 778 F.2d 518 (9th Cir.1983). No obstante, téngase en cuenta también *Society of Separationists v. Herman* (959 F.2d 1283, 5th Cir. 1992, 12 RFR 163) que afirma que se puede eximir a un miembro agnóstico del jurado del deber de prestar

La adaptación a los objetores en materia de juramento es tan antigua como la propia historia de los EUA. La exención fue adoptada en la mayoría de las Colonias. Así, a principios del siglo XVII los propietarios de la colonia inglesa de Carolina permitían a los cuáqueros la afirmación. También la Colonia neoyorquina (desde 1691) lo permitió. A los miembros de la Comunidad Judía de Georgia se les dispensó en 1740 de las palabras "por mi fe de cristiano" en el juramento de naturalización(28). No es de extrañar, por tanto, que dicha práctica se reflejara posteriormente en los textos constitucionales y legales de la naciente federación, permitiendo la afirmación y eximiendo del juramento para los individuos que ostentaran cargos oficiales y objetaran al juramento(29).

juramento ó afirmación; negarse al juramento no constituye *contempt of court*.

(28) Cfr. Michael W. McConnell, *The Origins and Historical Understanding of Free Exercise of Religion*, 103 Harv.L.Rev. 1410, 1467-1468 (1990).

(29) Cfr. Constitución de los EE.UU., Artículo I § 3 (*Impeachment trials*), Artículo II, § 1 (*Presidential oath of office*); Artículo VI (*Responsibilities of other office holders to support the Constitution*). Sobre las causas de tal exención legal, cfr. Joseph Story, 3 *Commentaries on the Constitution of the United States*, New York, De Capo Press, 1883, (1970).

X. CONCLUSIONES

La síntesis conclusiva que a continuación se expone tiene un triple objetivo: 1º/ determinar las características de las concretas objeciones de conciencia en relación con el tratamiento jurídico que de las mismas se realiza el derecho estadounidense; 2º/ extraer de dichas características las grandes líneas de fuerza que vertebran la concepción norteamericana en los conflictos conciencia *versus* ley; 3º/ resaltar aquellos elementos de especial interés para el tratamiento jurídico en el marco de coordenadas jurídico-positivas o doctrinales ajenas al ámbito de los derechos federal y estatales de EUA; es decir, exponer la oportunidad de un posible trasvase de soluciones a la tradición jurídica europea.

Este último objetivo es plausible si se repara en que las soluciones a los problemas jurídicos en un determinado entorno social repercuten en los *habitats* colindantes. En este sentido, es patente que la policromía de la sociedad americana es como un caleidoscopio donde estallan cuestiones que parecen dormidas en otros ámbitos jurídicos. Basta que el espejo de la "gran sociedad" las refleje para que despierten. Así ocurre con los problemas de colisión entre conciencia y norma.

1. Elementos configuradores de la noción de objeción de conciencia en relación su tratamiento jurídico en EUA.

Digamos, de entrada, que en la doctrina y en la jurisprudencia de EUA no cabe dar por concluída la cuestión del hallazgo de un concepto absolutamente válido y omnicomprendivo de todas las variantes de objeción de conciencia.

En una primera aproximación, su elemento clave es el *comportamiento*. Al enfrentar ese comportamiento con la norma jurídica frente a la que se rebela, cabe perfilar algunos elementos que, paradójicamente, dispersan las diversas categorías de supuestos y llevan a concluir que la objeción de conciencia es toda pretensión contraria a la ley, motivada por razones axiológicas —no meramente psicológicas— de contenido primordialmente religioso ó ideológico.

1.1. Conducta activa u omisiva.

Al analizar las distintas manifestaciones de objeción de conciencia, la doctrina estadounidense no realiza una distinción entre acción u omisión a los efectos de determinar qué es objeción de conciencia. Por objeción entienden la dimensión individual de la libertad religiosa. Esta caracterización trae su causa en el peculiar modo de tratamiento jurídico de las objeciones: la *free exercise clause*. Si tal distinción llega a realizarse es porque la mayoría de las manifestaciones de objeción de conciencia comprenden comportamientos omisivos⁽¹⁾. Algunos autores, al

(1) En efecto, las objeciones militar, las laborales, fiscal, tratamientos médicos, al aborto, al jurado y al juramento. Pero, entiéndase, omisivos respecto de lo que la norma exige (pagar impuestos, prestar servicio armado para la defensa nacional, consentir a la transfusión de sangre, llevar al hijo menor de edad al médico ante una enfermedad grave, cumplir la prestación laboral estipulada conforme al contrato de trabajo en cuanto al calendario semanal, etc.), no en cuanto a conductas periféricas que manifiestan la objeción (enviar una carta al *Internal Revenue Service*, manifestando el desacuerdo con los impuestos, llamar a un ministro religioso de la propia confesión para que imponga las manos sobre el enfermo, etc.).

caracterizar la objeción de conciencia como una conducta omisiva⁽²⁾, han sugerido que la abstención, con su bajo nivel de peligrosidad social en la medida en que la conducta no esté extendida, permite un mayor reconocimiento por parte de la jurisprudencia y la legislación. Sin que esto deje de ser cierto *in abstracto*, también lo es que el reconocimiento de la objeción en EUA no obedece a la distinción acción-omisión, sino a la peculiar estructura del *balancing test* y de los distintos *compelling state interest* en juego. Por ejemplo, la jurisprudencia y la legislación se han mostrado mucho más reacias a reconocer, en cualquiera de sus formas, la objeción de conciencia fiscal (una omisión de deber), que a permitir ciertas conductas contra la norma jurídica, motivadas por razones religiosas o de conciencia (exenciones a la criminalidad del uso del peyote en las legislaciones federal, de California, de Oregón, y en la jurisprudencia californiana).

Si se distingue, por tanto, acción y omisión, la objeción de conciencia se presenta como un subtipo de la libertad de conciencia. Esto, para el derecho norteamericano, carece de utilidad, dada la estructura jurídico-positiva que enmarca las objeciones. Pero en los ordenamientos continentales reviste su importancia.

1.2. Conducta omisiva directa o indirecta.

Si se siguiera un esquema apriorístico basado en la objeción de conciencia militar, entenderíamos por objeciones en general las conductas omisivas dirigidas contra un comportamiento que la norma exige directamente. Nos quedaríamos, por tanto, exclusivamente con la propia objeción de conciencia militar (pero no con todas), objeción fiscal, algunas objeciones al aborto, casi todas las objeciones a tratamientos médicos, al jurado y al juramento... Sin embargo, dejaríamos fuera un conjunto de comportamientos, sobre los que la doctrina ha llamado la atención (las

(2) Francesco Onida, *Contributo A un Inquadramento Giuridico Del Fenomeno Delle Obiezioni Di Coscienza*, en *Separatismo e Libertà Religiosa Negli Stati Uniti.- Dagli Anni Sessanta agli Anni Ottanta*, Milano, Guifrè 1984, 115, 118. Javier Martínez-Torrón, *La objeción de conciencia en la jurisprudencia del Tribunal Supremo Norteamericano*, Anuario de Derecho Eclesiástico, vol. I, 1985, pág. 404.

llamadas objeciones *relativas*) y que pueden considerarse verdaderos supuestos de objeción de conciencia: omisión de deberes como condición para la obtención de un beneficio estatal. En efecto, el cuerpo doctrinal que la jurisprudencia norteamericana generó respecto de estos supuestos (recuérdese los casos *Sherbert*, *Thomas*, *Hobbie* en el ámbito laboral, *Girouard* en al ámbito de las nacionalizaciones, y el caso *Watkins* en materia de aborto) es de gran importancia, y curiosamente ha sido baluarte para objeciones *absolutas* (por ejemplo, el fallo del caso *Sherbert* —una objeción relativa— dirige la *ratio decidendi* en el caso *In re Jenison*).

1.3. Penalización de la conducta.

¿Constituye la efectiva penalización de la conducta omisiva requisito o característica fundamental de la objeción de conciencia y de su tratamiento jurídico? Si acudimos al modelo paradigmático de la objeción de conciencia militar, parece que sí: los motivos de conciencia del objetor quedan garantizados, patentizados, merecedores de protección *prima facie*, por cuanto el objetor está dispuesto a sufrir cualquier penalidad razonable antes que cumplir el mandato normativo. Además, el incumplimiento del mandato normativo supone un ilícito —penal o administrativo— que genera inmediatamente una sanción.

Sin embargo, la clasificación anteriormente expuesta (objeciones absolutas/objeciones relativas) arroja una nueva luz sobre la cuestión: la penalización de la conducta de quien realiza un comportamiento subsumible en una objeción relativa (pérdida de subsidio de desempleo, no acceder a un determinado cargo público, negación del permiso oficial para impartir docencia en centro público) no es valorable por el agente jurídico de igual modo que ante una objeción absoluta (prisión, cárcel o multas). Y todavía se vuelve menos clara la cuestión si atendemos a algunos supuestos de objeción a tratamientos médicos, donde la responsabilidad penal ó civil puede recaer no en el objetor, sino en los médicos o entidad sanitaria que le atiende, en los familiares, etc.

Es interesante ver cómo el rasgo característico para el ordenamiento

norteamericano se desvía de una penalización efectiva por parte de los instrumentos coercitivos del derecho, a la valoración de la carga, gravamen, *burden*, que el objetor sufre en su *conciencia* o en el ejercicio de su religión. La penalización del ordenamiento, si ésta llega a producirse, no goza del carácter de elemento esencial de la definición de objeción, sino que se ve desviada a los elementos probatorios de sinceridad del objetor. El problema deviene en determinar si ese gravamen o *burden* que la norma jurídica supone para la conciencia ha de medirse mediante parámetros exclusivamente objetivos y externos, o se permite también estimar en qué grado subjetivo afectan a la conciencia individual. Esta determinación está pendiente de resolución: no hay unos criterios uniformes a la hora de estimar el carácter del gravamen. Pero recuérdese cómo en los casos de hemoterapia, la estimación de las penas eternas que el objetor cree sufrir en caso de serle transfundida sangre, contra su voluntad, determina el fallo judicial en un sentido ó en otro⁽³⁾.

Por tanto, la aportación del derecho norteamericano estriba en que para estimar la objeción de conciencia no se exige que el objetor llegue —por utilizar una expresión propia de la jurisprudencia— al "martirio por su causa". Si este "martirio" está presente, se estimará como elemento de sinceridad en la objeción: lo que al derecho le importa es la existencia de una colisión entre la ley y la conciencia del individuo, para calibrar después la posibilidad de una exención.

1.4. El tipo de deber requerido por la norma y los fines de la misma.

Si retornamos al modelo de la objeción militar, el tipo de deber requerido es la prestación de un servicio al Estado en pro de la seguridad de la comunidad. Un deber de actuar para el Estado en funciones que suponen el uso de las armas, bajo un régimen de disciplina y jerarquización. En general, prestación de un servicio. Si aplicáramos esta categoría de deber requerido a otras formas de objeción de conciencia, apenas si nos quedaríamos con la objeción de conciencia fiscal que, en

(3) Véase esta distinción en *Application of the President and Directors of Georgetown College, Inc.*, 331 F.2d 1000 (1964), frente a *In re Osborne*, 294 A.2d 372 (1972). Vid. capítulo VI, 2.5.1. y 2.5.4.

clave de objeción, supone el rechazo también de una prestación, en este caso, monetaria, para fines bélicos. Pero el resto de objeciones hacen relación a deberes muy distintos: desde prestaciones para la prevención de enfermedades (objeción a las vacunaciones obligatorias), hasta la realización de conductas sobre individuos dependientes de los que el poder público se considera *parens patriae* (objeción a tratamientos en hijos menores), pasando por el cumplimiento de obligaciones de justicia respecto al empresario y al sindicato (objeción al trabajo en determinados días de la semana, objeción a las cuotas sindicales), la realización de conductas para la seguridad del resto de los usuarios de vías públicas (objeción a los triángulos reflectantes), la facilitación de adecuada identificación en carretera (objeción a las fotografías en documentos de identidad), la adecuada administración de la justicia que emana del pueblo (objeción de conciencia al jurado), la realización de conductas que garanticen el proceso administrativo de concesión de ayudas (objeción al número identificativo de la Seguridad Social), etc.

Como puede verse, el deber requerido, a los efectos de una aproximación a las objeciones de conciencia, no permite una definición omnicomprendensiva. A lo más, una omisión (o acción, para algunos autores norteamericanos) respecto del deber requerido por la norma. La especificación de ese deber no forma parte de un concepto general de objeciones. El derecho norteamericano enseña, explícitamente en la jurisprudencia e implícitamente en la legislación, que la especificación del deber requerido y, por tanto, de los fines subyacentes, adquiere relevancia en orden al tratamiento jurídico de las objeciones. Se trata de esos *compelling state interests* que se valoran como intereses confrontados con la libertad de ejercicio individual o con la libertad de conciencia.

Si la objeción es merecedora de protección, legislativa o jurisprudencialmente, a los ojos del derecho ese deber que la norma jurídica contiene pierde su validez para el caso concreto y el derecho otorga una zona de excepción, constitucionalmente permitida o exigida, que transforma la relación hasta entonces existente entre el individuo que objeta y el Estado.

1.5. El valor y fin de la llamada "prestación social sustitutoria" y de prestaciones análogas.

Una de las características fundamentales de la objeción de conciencia militar es la prestación social sustitutoria. Para el objetor militar reconocido, el deber exigido por la norma no desaparece, más bien se transforma en un nuevo deber legislativamente impuesto y compatible con el juicio de conciencia, en la medida en que el Estado puede salvar los fines de la primigenia prestación requerida (seguridad de la comunidad) y la libertad de conciencia en un marco de igualdad (las mismas cargas o deberes sobre todos los ciudadanos).

En lo anterior quedan reflejados dos fines o razones de la prestación sustitutoria. De una parte, hacer compatibles, en un implícito *balancing test* sobre los intereses en juego, la libertad religiosa o de conciencia con la defensa y seguridad de la comunidad. De otra, libertad en un marco de igualdad, con el fin de salvar la justa distribución de cargas entre todos los ciudadanos. Aun podría añadirse alguna razón más. Evidentemente, un fin disuasorio de la objeción, de modo que se pueda crear un "primer filtro de sinceridad" que separe de entrada las objeciones auténticas de los comportamientos fraudulentos que darían al traste con el intento conciliador del Estado.

Si esas son algunas de las razones que motivan la prestación sustitutoria o sus formas análogas, podemos concluir que la prestación no forma parte ni de la definición ni del tratamiento jurídico paradigmático de las objeciones de conciencia. Aclaremos este extremo, considerando particularizadamente las diversas objeciones.

Respecto de la objeción militar, el sentido de la prestación social sustitutoria reúne esos caracteres enunciados: elemento disuasorio, compatibilidad de intereses y justa distribución de gravámenes.

Respecto de la objeción al trabajo en determinados días de la semana, no hay propiamente una prestación social sustitutoria. El derecho norteamericano no otorga

un derecho absoluto de objeción, sino que establece un marco legislativo de negociación que conduce al cambio de turnos con el fin de que se respete la conciencia del objetor. Si no puede llegarse a un acuerdo, o resulta gravoso por encima de un razonable límite para el empresario, no se produce un derecho a no trabajar en sábado o domingo.

En las objeciones de conciencia a las cuotas sindicales, como hemos podido comprobar, existe una prestación sustitutoria, consistente en abonar la cantidad que iba dirigida al sindicato a una institución de beneficencia. La razón primordial de esta prestación sustitutoria es la justicia en la distribución de cargas entre todos los trabajadores.

En las objeciones a los actos religiosos en la empresa, no parece necesario establecer prestación alguna: la objeción se manifiesta como un rechazo absoluto, sin posibilidad de acuerdo intermedio. Para los demás trabajadores, en la medida en que no está presente esa objeción o reparo religioso, no hay gravamen alguno serio que obligue a restaurar una igualdad quebrantada.

En las objeciones al vestuario en la empresa, por motivos religiosos, se busca relevar al objetor —dentro de un marco de negociación que permita al empresario el cumplimiento de sus fines financieros— de una carga que, fuera de su propia conciencia y creencias, carece de sentido. Para un sikh o para un judío ortodoxo, determinadas prendas o modos de atuendo forman parte del código axiológico por el que se guía la conciencia. Para otro individuo ajeno a esos credos, se trata de simple estética o conveniencia, que bien puede ceder sin violentar su personalidad ante unas exigencias de salubridad, condiciones de contratación, etc.

En la objeción fiscal, los propios objetores han ofertado, sin éxito, la implantación de una prestación financiera sustitutoria. De este modo, de nuevo, se salvarían esos fines: compatibilidad de intereses, desincentivación y justicia. La misma cantidad de dinero es abonada, proporcionalmente, por los sujetos pasivos tributarios. La objeción de conciencia fiscal no ofrece un atractivo para aquellos que

son ajenos a unos motivos o reparos de conciencia bien fundados. En la particular objeción dirigida contra las contribuciones a la Seguridad Social, no se establece prestación sustitutoria alguna: el código axiológico de la confesión ó de los individuos eximidos, ordena precisamente cubrir los fines a los que la Seguridad Social se dirige (algo parecido cabe decir de la objeción a la escolarización obligatoria impuesta a los *Amish*).

Difícil es establecer una línea general sobre las prestaciones sustitutorias en el campo de lo que se ha clasificado como objeciones a las normas administrativas. Su variedad no permitiría otra conclusión. En el caso de los números identificativos de la Seguridad Social, también se presentaba la objeción como un rechazo absoluto que no permite, en caso de reconocimiento, sino valerse de otros medios para la identificación. Respecto de la objeción a las fotografías, no es necesario establecer dicha sustitución para disuadir: la conducta carece de sentido fuera del código axiológico que se practica. Lo que sí se intenta es que sea el poder público quien permita, en caso de que exista, otras formas de identificación que no requieran el uso de fotografías ó imágenes. En la objeción a los lemas de matrícula del Estado, tampoco hay que desincentivar nada, sino intentar que el Estado permita el uso de la placa sin la frase a la que se objeta... Como puede verse, la cuestión aquí, más que en otro grupo de supuestos, nos remite al examen particular de las circunstancias del caso.

También se torna intrincado el estudio de la prestación sustitutoria para los tratamientos médicos. De una parte, porque la objeción se presenta en muchos casos de modo absoluto, sin fisuras que permitan aplicar el tratamiento cuando está en juego la vida, evitando violentar la conciencia del objetor (teoría del falso conflicto). No hay que desincentivar nada: fuera del campo de conciencia en el que el objetor opera, los tratamientos médicos no aparecen —salvo casos terminales— como gravámenes o cargas para el individuo (en algunos supuestos, incluso, la conducta está ya desincentivada por sanciones civiles o criminales, cuyo fin disuasorio y preventivo se diluye precisamente en los casos de objeción). Tan sólo cabe hablar de una prestación sustitutoria en el caso de la *Christian Science* en Minnesota, ya que se permite a los

médicos de tal confesión ejercitar sus artes curativas espirituales, siempre y cuando comuniquen a la autoridad administrativa competente si por falta de cuidados estrictamente médicos puede seguirse la muerte de un menor de edad. Como es natural, la prestación no recae ni en el menor —por supuesto— ni en sus padres.

Respecto de la objeción al aborto, ya tuve ocasión de analizar cómo los fines de la prestación sustitutoria carecen de relevancia para el supuesto. Primero, porque de nuevo no hay que desincentivar nada: fuera de los motivos de conciencia, la operación —a lo más— es sencillamente desagradable (aunque, al menos en EUA, atrayente desde la perspectiva financiera). Tampoco hay que restablecer la justicia respecto de los demás ciudadanos o de una clase concreta (médicos, enfermeras, personal sanitario y administrativo). Por último, cuando el Estado tiene que conciliar intereses (libertad de conciencia del objetor frente al derecho de aborto), lo hace imponiendo el deber de atender a la paciente en caso de urgencia o peligro de muerte, incluso por encima de la objeción, pero no establece que el objetor tenga que cubrir más horas de trabajo o ser trasladado de unidad o sección, práctica que sería discriminatoria.

Para terminar, la objeción al jurado carece también de prestación sustitutoria: parece que el régimen de prestación del servicio tenía ya previstas excepciones ó excusas que no incluía los motivos religiosos. Y en la objeción al juramento, el poder público ve cumplido su interés mediante fórmulas de compromiso alternativas.

Por último, llamaré la atención sobre un asunto particular, anteriormente apuntado implícitamente. La prestación sustitutoria carece prácticamente de sentido cuando la objeción de conciencia trae su causa de una discriminación por causa de conciencia ó religión. En efecto, es lo que parece ocurrir en la objeción al jurado y en los *unemployment compensation cases*, en los que el supuesto revela que los motivos religiosos no se incluían como justa causa para no servir en el jurado, o para abandonar trabajos o rechazar empleos. El reconocimiento de la objeción en estos supuestos restablece la igualdad de los desiguales y, por tanto, no cabe exigir al objetor un comportamiento que sustituya aquel que omite.

1.6. La objeción de conciencia y la confesionalidad del objeto.

La objeción de conciencia a lo largo de la historia ha ido desligándose de la dependencia de credos o confesiones, para adentrarse en la libertad de conciencia o mantener unos lazos con el factor religioso, pero sin exigir la estricta pertenencia o adscripción a credos o instituciones.

Siendo esto cierto en multiplicidad de casos, empezando por la propia objeción militar, subsisten situaciones en las que la exención —casi siempre, legislativamente otorgada— lo es en favor de sujetos que pertenecen a confesiones bien determinadas. Me refiero a las exenciones en favor de los *Amish* en el régimen de la Seguridad Social y, en menor medida, a la exención de responsabilidad criminal derivada de la muerte de un menor de edad por falta de cuidados médicos adecuados.

¿Cómo explicar la coexistencia de ambos regímenes, esto es, el de la desinstitucionalización con la adscripción religiosa como requisito para la exención?

Varias son las razones que justificarían el primero. De una parte, un mayor acercamiento de las objeciones a la libertad de conciencia como campo propio, sin abandonar —por exigencias del marco constitucional de la cuestión en EUA— la vinculación con la libertad religiosa. De otra, el interés primordial por el juicio y valoración de conciencia que realiza el individuo a partir de un código axiológico: la objeción existe en el individuo, no en una institución: es éste el que emite un juicio, la conciencia, y se comporta conforme a él. Las circunstancias histórico-jurídicas han llevado, como ya se vio, a un interés preponderante, especialmente en la jurisprudencia, por el individuo y su libertad. El hecho de la pertenencia a una confesión no conlleva necesariamente la objeción. Es decir, aun cuando el código moral de una confesión establezca como reprochable determinada conducta, el individuo puede actuar contra conciencia u observar conductas heterodoxas, por estimar más conveniente seguir los dictados de la norma jurídica que los de la religión. El Estado prefiere no inmiscuirse en los problemas de definición de diversos códigos axiológicos (que juegan a modo de prueba en el proceso, pero no definen la

objeción) y atender a *este* comportamiento contrario a la norma, observado por *este* individuo, por razones morales o religiosas.

Pero, a la vez, existen regímenes de exención legislativa en favor de confesiones religiosas. La razón fundamental estriba en que se tratan de confesiones pequeñas, limitadas, peculiares, minoritarias, respecto de cuyos miembros se puede decir sin temor a ser peligrosamente dádivoso que ajustan sus conductas a los códigos morales de sus confesiones. De todas formas, el individuo no pierde su protagonismo en dichas exenciones, puesto que, como es natural, debe ser éste quien solicite de la autoridad la aplicación para *su caso* de la exención legislativa. Si deseara actuar contra conciencia, podría hacerlo; si desea, por el contrario, hacerlo conforme a sus arraigadas convicciones, se le facilita el camino, ya que el Estado no remite la cuestión a la jurisprudencia, sino que arbitra un sistema administrativo de más fácil operatividad, en el que el individuo tiene que demostrar la pertenencia a la confesión, entendiéndose que, al demostrar esto, prueba también la objeción.

1.7. Conclusión: "Objeciones de conciencia" y tratamiento jurídico.

Puede comprobarse que al poner en relación el concepto de objeción con su tratamiento jurídico, resulta difícil establecer unas directrices unitarias, dada la variedad de situaciones y respuestas a los que conduce el comportamiento. Las objeciones son, ante todo, comportamientos en relación con un código ético, que se ven enfrentados con la norma jurídica. Poco más. A partir de ahí, todo es diversificación, particular casuística que no permite tratamientos genéricos. Las particularidades de cada caso aconsejan tratamientos particulares, sean estos legislativos o jurisprudenciales. De todas formas, sería posible una distinción de dos grandes sistemas de tratamiento jurídico de las objeciones de conciencia que, sin ser incompatibles, e incluso siendo complementarios, explican los modos de dar protección a las objeciones.

2. Sistemas de tratamiento jurídico de las objeciones de conciencia.

Del ordenamiento norteamericano, del *balancing test* empleado por él para tratar jurídicamente las objeciones de conciencia, inferimos un planteamiento quizá un esquemático, pero clarificador.

Ante el Estado, las objeciones de conciencia suponen la confrontación de dos realidades jurídicas merecedoras de protección. Primero, la libertad de conciencia, que se reconoce en la Constitución o en Cartas de derechos fundamentales, y cuyas consecuencias —en muchos casos, extremas— representa la objeción. Segundo, el cumplimiento de la normativa y de los intereses subyacentes a ella, la preservación de una comunidad basada en el orden social que la decisión, democráticamente adoptada por la mayoría, supone. En caso de que el poder público se decida absolutamente por el primer interés protegido, peligra su propia subsistencia. En caso de que se decida absolutamente por el segundo, convierte en ficción uno de los pilares fundamentales de su propia naturaleza democrática. Los elementos clave de entrada para un tratamiento jurídico que intente salvar en lo posible ambos intereses son dos: sinceridad de las objeciones e intento de conciliación.

El primero de los elementos garantiza cara al poder público: primero, evitar el fraude, que daría al traste con la identidad de las objeciones y desmenuzaría la exención, convirtiéndola en un peligro para la subsistencia de sus fines; segundo, preservar lo que la objeción reclama: una exención particular y concreta. Si el Estado establece un régimen que iguale en cuanto al acceso tanto la exención como la exigencia normativa primaria, sin una particular exigencia en cuanto a la sinceridad, entonces aquello deja de ser objeción y pasa a ser opción, por lo general administrativamente regulada. Ello ocurre, por ejemplo, por conveniencia política, y/o porque el interés que subyace en la norma ha perdido su carácter primordial para la comunidad.

¿Cómo puede operarse la sinceridad en cuanto al tratamiento jurídico? Hay dos modos extremos de lograrlo, entre los que por supuesto cabe formas intermedias.

Esos modos son: atender a las consecuencias de la sinceridad (se podría llamar sistema de auto-selección del objetor) y atender al momento inicial de la sinceridad (que es el modo adoptado por la legislación y jurisprudencia norteamericana).

El sistema de auto-selección pone el acento en la oferta —normalmente legislativa— que se presentaría al objetor: o cumplir con el deber normativo que su conciencia rechaza, o bien acogerse a una exención que resulta más gravosa para un sujeto no objetor. Por ejemplo, en el caso de la objeción de conciencia militar, establecer una prestación sustitutoria de doble duración. De esta forma, se evita el fraude y, si el objetor es sincero, estimará más ventajosa la prestación sustitutoria que atentar contra las propias convicciones. La utilidad del sistema radica en que permite garantizar la sinceridad sin necesidad de complicaciones judiciales ó administrativas, y que de este modo el Estado ve preservada su neutralidad. La "auto-selección", sin embargo, se muestra ineficaz en aquellas objeciones donde la prestación sustitutoria no existe, o no puede establecerse. El sistema, como puede verse, pretende la aproximación aséptica a las objeciones de conciencia, pero precisamente el carácter multiforme de las mismas rechaza esta solución general. Por ejemplo, las objeciones a tratamientos médicos no admiten esta solución, ya que un sistema de auto-selección de la sinceridad del objetor viene ya garantizada por el hecho de rechazar el remedio curativo. Además, puede considerarse superado, conforme a las declaraciones y textos normativos internacionales, la idea de establecer prestaciones de mayor penosidad.

Como decíamos antes, los sistemas norteamericanos de tratamiento jurídico de las objeciones de conciencia, atienden al momento "inicial" de la sinceridad. Es decir, hacer que los órganos jurídicos decisores analicen la presencia o ausencia de sinceridad en el las creencias. Es decir, determinar si realmente el comportamiento viene motivado por la conciencia. Este modo de tratamiento es el propio de aquellas objeciones que han sido analizadas desde el *balancing test* (la gran mayoría de las que se han estudiado en los capítulos anteriores). Pero el minucioso examen de sinceridad también está presente en el tratamiento jurídico de la objeción militar, legislativamente reglada. En esta última, en lugar de establecerse una prestación social

más gravosa, se iguala ésta con la duración del servicio militar, a cambio de la investigación de la sinceridad en los motivos. Los órganos administrativos decisores, lejos de adoptar un método superficial en el examen de las reclamaciones, estudian éstas exhaustivamente. La ventaja de esta forma de tratamiento de la sinceridad es evidente: ofrece una gran adaptación a los diversos supuestos que puedan plantearse; no penaliza la objeción de conciencia: esa penalización se supone, por la infracción de la libertad de conciencia que una objeción presenta *per se*. Tampoco se entra en la controvertida dialéctica de hasta dónde hay una prestación social sustitutoria excesivamente gravosa, o no proporcionada a lo que una objetor sincero debe pagar. Los inconvenientes son también claros: exige por parte de los órganos decisores un juicio subjetivo, maleable, de difícil cristalización en fórmulas generales, válidas para todos los supuestos, capaces de integrarse —en el caso de la jurisprudencia— en el un cuerpo doctrinal que afiance el *stare decisis* que de alguna forma el *case law* en EUA exige.

Sólo después de establecer adecuadamente esta "barrera" de sinceridad, se entra al examen de una posible negociación o acuerdo entre los intereses encontrados. Entramos de lleno en el campo del *balancing test* en la jurisprudencia, y de la adjudicación de exenciones en la legislación. En derecho norteamericano no puede afirmarse rotundamente la existencia de un derecho genérico a la objeción de conciencia (menos aún, después del curso de los acontecimientos tras la decisión *Smith II*, que niega la carta de constitucionalidad de las *free exercise exemptions*). El ordenamiento parece rechazar tal idea, que sería una forma de opción total por uno de los intereses enfrentados (la libertad de conciencia). Nada, por tanto, de concesiones genéricas, sino examen *ad casum* en búsqueda de la solución justa. Sólo cabe hablar de derecho subjetivo, que nace de la norma, cuando la exención pretendida está reconocida en la legislación y el objetor cumple los requisitos para obtenerla. Y en la jurisprudencia, los caracteres de esta negociación son bien variados, según se trate de un tipo de supuestos o de otros.

3. Elementos de especial interés en el tratamiento de las objeciones de conciencia.

Aunque no estrictamente incluido en el objeto básico de este trabajo, parece de interés concluirlo con algunas reflexiones sobre la valoración de elementos de especial interés para el tratamiento jurídico de las objeciones de conciencia en el marco de coordenadas jurídico-positivas y doctrinales ajenas al ámbito propio de los derechos federal y estatales de EUA.

Advirtamos, ya de entrada, que no se trata de efectuar un simple "trasvase" en bloque de aspectos jurídico-positivos particulares de un sistema a otro, guiado por ingenuos juicios de "bondad" o "maldad" de las formas de tratamiento jurídico. No es mi intención postular la discutible operación consistente en injertar, *sic et simpliciter*, elementos propios de un sistema jurídico en otro. Téngase en cuenta que las virtualidades del sistema norteamericano no se explican sólo a partir de sus características estrictamente formales, sino también en razón de unas coyunturales circunstancias históricas y de una notable apertura a las numerosas demandas de solución presentadas por la sociedad civil. Lo singular del sistema norteamericano es, por tanto, que nos ofrece un sólido "banco de pruebas" del comportamiento del derecho ante las objeciones de conciencia.

Las objeciones de conciencia reclaman un tratamiento particularizado respecto de las exigencias normativas. Del lado del objetor, la objeción se presenta singular e irrepetible en cada supuesto: por el tipo de credo ó sistema axiológico, por el tamiz de la conciencia individual que enjuicia los posibles dilemas a la hora de prestar su obediencia, por las circunstancias particulares en las que se desenvuelve y se manifiesta la sinceridad ó profundidad de las creencias... Igual ocurre si se observa la objeción desde la perspectiva estatal: las características del supuesto se particularizan en virtud del tipo de infracción de la norma, del interés representado por la norma jurídica o por el deber exigido, de la legalidad, oportunidad y límites de una exención... Incluso dentro de un mismo "tipo" de objeción de conciencia, cabe establecer variantes que hacen oscilar la postura del Estado desde el reconocimiento a la negativa.

El cauce legislativo —asumida en exclusiva para la tutela de los conflictos conciencia *versus* ley— es ya algo positivo en sí mismo, pero no siempre posible o eficaz. Precisamente porque la riqueza cuantitativa y cualitativa de las objeciones suele desbordar la inevitable generalidad de la norma legal. Piénsese que hay muchos supuestos (especialmente, las objeciones relativas) respecto de los cuáles el legislador desconoce *a priori* cómo crear moldes o formas de solución. Lo que conduciría o a dejar fuera bastantes supuestos de objeción de conciencia (especialmente los que responden a tendencias minoritarias, los que reclaman una mayor "sensibilidad" o finura de la libertad de conciencia), o bien a relajar en la práctica su legislación para abarcar variantes no estrictamente reguladas, con un peligro real de que, junto con verdaderas objeciones, puedan obtener protección supuestos de los que el ordenamiento no puede garantizar la autenticidad o sinceridad (instaurándose un sistema de *opción* de conciencia, que es una realidad distinta de las objeciones). La exclusiva tutela vía ley de los supuestos referidos, pronto corre el riesgo de ver sus previsiones desbordadas por la plasticidad de las situaciones sociales.

De ahí la conveniencia de potenciar elementos ínsitos en el propio sistema (la jurisprudencia) a partir de los libertades fundamentales del ordenamiento (la libertad de conciencia), con lo que no estaríamos postulando el mecánico trasvase de fórmulas de un sistema (el angloamericano) a otro (el continental), sino apurando hasta el máximo las virtualidades del segundo, a la vista positiva del primero. No debe olvidarse que lo que la objeción en sus múltiples variantes reclama del derecho es la determinación del *quid iuris* en una situación particular y concreta, en la que se enfrentan el interés estatal representado por la norma infringida (o por la norma que coarta la libertad en el caso de las objeciones relativas) con la libertad de conciencia. Así las cosas, lo más pertinente y lo más razonable jurídicamente consistirá en permitir la determinación *ad casum* de la justicia o no de una concreta pretensión de objeción de conciencia, a partir, claro está, de unas orientaciones legislativas, generalmente ya incluidas en la parte dogmática de las constituciones. Lo cual no significa que —como se ha dicho— tengamos que sustituir un totalitarismo normativo por otro jurisprudencial, que exima de crítica también a las decisiones judiciales recaídas en el tema. Significa, simplemente que, en principio, el dictamen prudencial

se demuestra en esta materia en condición de captar mejor la plasticidad de las situaciones vitales. Esto es lo que el sistema norteamericano ha intentado generalmente con aciertos, aunque también con errores e incongruencias, propios estos últimos de la dificultades del terreno donde se desenvolvía.

Esta propuesta no parece extemporánea, por ejemplo, en el derecho español, a la luz de dos elementos fundamentales del tratamiento jurídico de la objeción de conciencia. Ambos elementos hacen referencia a la perspectiva del poder público respecto del fenómeno: la protección otorgada por la Constitución a la libertad ideológica, de pensamiento y de culto, y las orientaciones del Tribunal Constitucional en materia de objeción de conciencia y en el análisis jurisprudencial de derechos y libertades en conflicto⁽⁴⁾.

Respecto del primer elemento, el artículo 53.2 del texto constitucional establece que *cualquier ciudadano podrá recabar la tutela de las libertades y derechos reconocidos en el artículo 14 y la sección 1ª del Capítulo II ante los tribunales ordinarios por un procedimiento basado en los principios de preferencia y sumariedad*. Dentro de ese sector de protección constitucional se establece la directa aplicabilidad⁽⁵⁾ de la Constitución frente a las agresiones —también del poder— que puedan sufrir las libertades (dentro de ellas, la libertad de conciencia, conforme a la sentencia del Tribunal Constitucional 15/82 de 23 de abril y la sentencia 53/85 de 11 de abril) en su ejercicio. ¿No recuerda esto, salvadas las distancias, la práctica jurisprudencial estadounidense que protege bajo la *equity jurisdiction* la libertad religiosa de un individuo, frente a la agresión de la norma o de la práctica administrativa?

Respecto del segundo elemento, complementario del anterior, en el fundamento

(4) Aunque las orientaciones —hoy por hoy— resultan confusas sobre dos cuestiones fundamentales: si hay un derecho a la objeción de conciencia de carácter general, y cuál es la libertad de la que la objeción de conciencia deriva (STC 161/87 de 27 de octubre, STS 53/85 de 11 de abril, STC 15/82 de 23 de abril, STC 160/87 de 27 de octubre).

(5) STC 16/82 de 20 de diciembre.

jurídico tercero de la sentencia 161/87, del 27 de octubre, se indicaba: *la objeción de conciencia con carácter general, es decir, el derecho a ser eximido del cumplimiento de los deberes constitucionales o legales por resultar ese cumplimiento contrario a las propias convicciones, no está reconocido ni cabe imaginar que lo estuviera en nuestro Derecho o en Derecho alguno, pues significaría la negación misma de la idea de Estado. Lo que puede ocurrir es que sea admitida excepcionalmente respecto de un deber concreto.* ¿No llama igualmente esta afirmación al análisis, según situaciones singulares, de la posibilidad de eximir de determinados y específicos deberes? No es extraña la jurisprudencia española al empleo de técnicas de adjudicación de derechos en caso de enfrentamiento de valores constitucionales, que gozan de semejante rango en el ordenamiento, y que sólo permiten una solución para la situación concreta. Técnicas prácticamente paralelas al *balancing test* de tan prolíficos resultados en los tribunales estadounidenses. Véase, por ejemplo, estas afirmaciones de nuestro Tribunal Constitucional, trasladando los razonamientos al campo de la objeción de conciencia: *se trata de graves conflictos de características singulares, que no pueden contemplarse tan sólo desde la perspectiva de los derechos de la mujer o desde la protección de la vida del nasciturus. (...) Por ello, en la medida en que no puede afirmarse de ninguno de ellos su carácter absoluto, el intérprete constitucional se ve obligado a ponderar los bienes y derechos en función del supuesto planteado, tratando de armonizarlos si ello es posible o, en caso contrario, precisando las condiciones y requisitos en que podría admitirse la prevalencia de uno de ellos. (...) el legislador, que ha de tener siempre presente la razonable exigibilidad de una conducta y la proporcionalidad de la pena en caso de incumplimiento, puede también renunciar a la sanción penal de una conducta que objetivamente una carga insoportable, sin perjuicio de que, en su caso, siga subsistiendo el deber de protección del Estado respecto del bien jurídico en otros ámbitos. Las Leyes humanas contienen patrones de conducta en los que, en general, encajan los casos normales, pero existen situaciones singulares o excepcionales en las que castigar penalmente el incumplimiento de la Ley resultaría totalmente inadecuado*(6). Quizá en el campo de la libertad de expresión en concurrencia con el derecho al honor, la aplicación de

(6) STC 53/1985 del 11 de abril (fundamento jurídico noveno).

técnicas próximas al *balancing* es aún más evidente: (...) *cuando del ejercicio de la libertad de opinión y/o de la libertad de comunicar información por cualquier medio de difusión resulte afectado el derecho al honor de alguien, nos encontraremos ante un conflicto de derechos ambos de rango fundamental, lo que significa que no necesariamente y en todo caso tal afectación del derecho al honor haya de prevalecer respecto al ejercicio que se haya hecho de aquellas libertades, ni tampoco siempre siempre hayan de ser éstas consideradas prevalentes, sino que se impone una necesaria y casuística ponderación entre uno y otras*(7). Debe por ello establecerse que (...) *confluyen dos perspectivas que es preciso integrar: la que enjuicia o valora la conducta del sujeto en relación con el derecho al honor que se dice lesionado, y aquella otra, cuyo objeto es valorar dicha conducta en relación con la libertad de expresión o información en el ejercicio del cual se ha invadido aquel derecho. La integración de esta doble perspectiva obliga al órgano judicial que haya apreciado lesión del derecho al honor a realizar un juicio ponderativo* (...) (8). (...) *el deber de realizar un juicio de ponderación conduce a "establecer previamente si el ejercicio de aquellas libertades ha supuesto lesión del derecho al honor y, en caso afirmativo, si esa lesión viene o no justificada por el valor prevalente de tales libertades"* (STC 85/1992)(9). El paralelismo de este razonamiento con el habitual en el *Sherbert test* es muy grande; recuérdese que en el *balancing* debe determinarse si existe lesión de la libertad religiosa y, determinado éste, si esa lesión o infracción viene justificada por un interés prevalente del Estado.

Como puede verse, no se está tan lejos de proporcionar, a través de adecuadas herramientas jurídicas, el tratamiento que la objeción de conciencia reclama, fruto de una ponderada creatividad jurídica en el respeto incondicional de la legalidad.

(7) STC 104/1986, de 17 de julio (fundamento jurídico quinto).

(8) STC 107/1988, del 8 de junio (fundamento jurídico segundo).

(9) STC del 3 de diciembre de 1992 (fundamento jurídico segundo).

APENDICE DE TERMINOS LEGALES

Advisory opinion: Respuesta de un juez o una corte a la cuestión legal hipotética o abstracta que le presentan las partes, sino que exista un conflicto o controversia real entre ellas. La jurisdicción federal no puede emitir este tipo de decisiones.

Amici curiae: personas ó grupos que, aun no encontrándose siendo parte en el litigio en cuestión, tienen interés en el mismo, y la Corte autoriza que presenten información suplementaria que ayude a decidir el pleito.

Appeal: recurso con similares características a la apelación continental. En EUA, la Corte Suprema sólo admite la apelación respecto de errores de derecho.

Battery: Golpear o tocar ilegalmente a una persona, amenazadoramente. Connota violencia física, en el lenguaje usual, y en el legal significa la aplicación de fuerza física (no necesariamente violenta) de forma dolosa o culposa, sin el consentimiento del otro sujeto. En materia de tratamientos médicos, las cortes norteamericanas, ante reclamaciones que tenían como sustrato fáctico una información incompleta al paciente que genera, por tanto, un consentimiento inválido, han preferido desviar la conducta antijurídica calificada como *battery* a responsabilidad por negligencia.

Case law authority: En la técnica o "arte" del uso del precedente, se suele distinguir dos tipos de *case law authority*: *persuasive* y *binding authority*. La primera se establece respecto a sentencias de tribunales de diversa jurisdicción, o de tribunales coordinados de la misma jurisdicción (como son los circuitos de la Corte Federal de Apelación). La característica de precedente reside -para el caso de la *persuasive authority*- en la fuerza de su razonamiento, la solidez del resultado, el prestigio del ponente, etc. Pero propiamente, la *persuasive authority* no obliga al juez a seguir la doctrina de una sentencia anterior. En cambio, es en la *binding authority* donde la doctrina del precedente se aplica en toda su amplitud.

Certiorari, Writ of: auto o recurso privilegiado que expide un tribunal de mayor jerarquía, dirigido a otro de menor rango, ordenándole que envíe el expediente de un caso con el propósito de revisarlo. La orden no prejuzga la cuestión en controversia. La decisión del tribunal inferior queda suspendida. Una vez revisado el expediente, puede revocarse la decisión recurrida o anularse el auto expedido, ejecutándose, entonces, la sentencia que había sido recurrida. La Corte Suprema norteamericana concede el recurso a la parte que perdió el caso anterior en caso de que se acuerde, al menos, por cuatro magistrados de dicho tribunal.

Conservator: Este término designa al *guardian* designado por la Corte para un incapaz. Tiene el mismo significado que el *curator* del derecho escocés.

Declaratory relief: el proceso declaratorio pretende el pronunciamiento del tribunal sobre los derechos que asisten al demandante. Se diferencia de una acción procesal convencional en que no se pide una específica orden de la Corte. Se diferencia de la *advisory opinion* en que las partes en litigio se encuentran en verdadera controversia o conflicto, aunque no se haya producido aún un daño o perjuicio.

Disparate Treatment: esta doctrina se desarrolló en casos donde se alegaba discriminación racial y se extendió a la discriminación por razones de sexo. Conforme

a esta doctrina, la infracción del Título VII puede establecerse demostrando que una práctica del empleador tiene un efecto desproporcionadamente adverso en los miembros de una determinada clase, raza o confesión, si se compara con el efecto que causa dicha medida o práctica en trabajadores ajenos a esa clase. Cuando se demuestra la existencia de *disparate impact* o *disparate treatment*, el demandante puede obtener sentencia favorable sin necesidad de demostrar la existencia de discriminación intencionada, salvo que el empleador demandado demuestre que la práctica o uso guarda relación con las propias exigencias del oficio, puesto ó trabajo. Cfr. *Griggs v. DukePower Co.*, 401 U.S. 424; *EEOC v. Greyhound Lines, Inc.*, 635 F.2d (3rd Cir. 1980); *EEOC v. Sambo's of Georgia, Inc.*, 530 F.Supp. 86, 92 (1981).

***En Banc*:** Decisión, fallo o procedimiento judicial que se adopta por la totalidad de los miembros de una Corte. El término sirve para distinguir aquellos casos en los que participan todos los magistrados, de aquellos -más usuales- en los que deciden sólo una parte. La Corte Suprema de los EUA, así como los más altos tribunales de apelación de los Estados, siempre deciden *en banc*. En las Cortes Federales de Apelación sólo se requiere tomar decisiones *en banc* cuando el caso es especialmente controvertido.

***Equity jurisdiction*:** Poder de un tribunal o juez de otorgar amparo, fuera de los principios de la *common law*, a un individuo que busca protección judicial. La *Equity jurisdiction* permite emitir resoluciones basadas en equidad, adecuación al caso y justicia. Dentro de la *equity jurisdiction*, se entiende por *relief* la asistencia que otorga la Corte al demandante en virtud de esas consideraciones de equidad y justicia. Y se entiende por *remedy* el medio específico y concreto (como sería la *injunction*) para proteger en interés legal o el derecho del peticionario.

***Error, Writ of*:** Recurso a la Corte superior por estimar que existe error de derecho. La Corte Suprema de los EUA deja de emplearlo en 1925.

Holding: punto o cuestión precisa que se presenta al tribunal y que el caso decide, tanto para el demandante como para el demandado.

In pari materia:(= *upon the same matter or subject*) vocablo usado en el contexto de la hermenéutica del *statute law*. Las leyes *in pari materia* pueden y deben ser interpretadas conjuntamente, sobre todo si han sido redactadas por el mismo cuerpo legislativo en la misma época o legislatura.

Incorporation: Aplicación del *Bill of Rights* federal para la limitación de la actuación de los gobiernos federales, a través de la Decimocuarta Enmienda (*todas las personas nacidas o naturalizadas en los Estados Unidos y su jetas a la jurisdicción de este país son ciudadanas de los Estados Unidos y del Estado donde residen. Ningún estado elaborará o hará cumplir leyes que menoscaben los privilegios o la inmunidad de los ciudadanos de los Estados Unidos, ni podrá privar a persona alguna de la vida, la libertad o sus propiedades, sin el debido proceso judicial, ni le podrá negar a ninguna persona la igualdad de la protección bajo la ley, en su jurisdicción*). Definida originariamente en *Barron v. Baltimore*, 7 Peters 243 (1833), se ve poteciada de modo especial por los magistrados de la Corte Suprema John Marshall Harlan, Hugo L. Black, que proponían una incorporación total. El magistrado Benjamín N. Cardozo reflejó en *Palko v. Connecticut*, 302 U.S. 319 (1937), la incorporación parcial, caso por caso. Sin embargo, prevalecerá una incorporación híbrida, denominada selectiva, atendiendo a la importancia y rango de los derechos contenidos en el *Bill of Rights*. Este tipo de incorporación facilitará la labor de la *Warren Court* para aplicar muchas garantías de la cartas de derechos norteamericana a la actuación de los estados.

Injunction: resolución judicial que ordena a una parte abstenerse de una determinada conducta o realizar una determinada acción. La resolución puede ser temporal (*interlocutory injunctions*) o permanente (*permanent injunctions*). La prohibición temporal permite a una corte evitar los daños que se producen en una persona, grupo ó bienes mientras se resuelve la cuestión ante ella. La *permanent injunction* se emite

una vez completo el proceso de decisión judicial.

Obiter Dicta: opiniones o consideraciones vertidas en la sentencia, que no guardan relación directa con el mismo (ejemplos, *excursus*, repeticiones, etc.). Carecen de valor como precedente.

On the merits: Es decir, a partir de los argumentos de derecho sustantivo, eludiendo los aspectos técnicos de procedimiento o proceso.

Primary Effect: El *primary effect* o intención primordial, es una de las reglas de examen empleada por la Corte Suprema de los Estados Unidos para dilucidar si una norma jurídica o una actuación del Estado atenta contra la *Establishment Clause*.

Ratio decidendi: la regla de derecho (*rule of law*) general aplicable al caso.

Standing: Se entiende por *standing* la exigencia procesal de que exista una disputa o conflicto real entre las partes que litigan. El poder judicial federal se basa en el Artículo III de la Constitución americana y se ha interpretado que su actuación exige la existencia de reales controversias para su activación: que el demandante haya sufrido una *direct injury* del demandado. Las cortes federales, así, quedan inhabilitadas para dar respuesta legal a hipotéticos conflictos. No obstante, en las cortes estatales, esa respuesta legal se ha conseguido a través de los *test cases*: acciones legales que pretenden precisamente obtener del tribunal un juicio sobre una cuestión legal, clarificando el contenido de un derecho o incluso estableciendo con firmeza la anteriormente dudosa existencia del mismo. Los grupos de presión se han servido en muchas ocasiones de los *test cases*; por ejemplo, la *National Association for the Advancement of Colored People* (NAACP), ha presentado en diversas ocasiones este tipo de acciones legales con el fin de eliminar diversos aspectos de la segregación racial en USA.

Stare Decisis: conforme a esta doctrina del *case law*, un principio jurisprudencial

establecido para un particular tipo de supuesto, debe ser seguido por el tribunal que lo emitió (y por los tribunales jerárquicamente subordinados) en futuros litigios de iguales características. El caso donde se establece la *rule of law*, ese principio jurisprudencial primero, se denomina precedente. En virtud de la doctrina del *stare decisis*, se crea y mantiene la estabilidad y predicción del resultado de la ley, en pro de la seguridad jurídica.

United States Tax Court: La *United States Tax Court* es un organismo jurisdiccional norteamericano con competencia para litigios referentes a las decisiones administrativas del *Internal Revenue Service* (IRS). Inició su andadura en 1924, como organismo no jurisdiccional dependiente del poder ejecutivo federal (*United States Board of Tax Appeals*). Compuesta por 19 magistrados, descarga de pleitos a los Cortes Federales de Distrito, dada la alta tasa de litigiosidad derivada de los impuestos federales. Las sentencias sobre demandas superiores a 5000 \$ son recurribles ante las *U.S. Courts of Appeals*.

FUENTES LEGALES

Legislativas

United States Code Annotated, West Publishing Company (St. Paul, Minn.), 1987 y posteriores actualizaciones (*anual pocket parts*).

Jurisprudenciales

1. Sentencias sobre objeción de conciencia militar.

1.1. Sentencias de la Corte Suprema Federal.

Arver v. United States (Selective Draft Law Cases), 245 U.S. 366 (1918).

Burns v. Wilson, 346 U.S. 137 (1953)

Clay v. United States, 403 U.S. 698 (1971)

Cox v. United States, 332 U.S. 442 (1947)

Dickinson v. United States, 346 U.S. 389 (1953)

Estep v. United States, 327 U.S. at 123 (1946)
Falbo v. United States, 320 U.S. 549 (1944)
Gibson v. U.S., Ohio & S.D., 399 U.S. 338 (1946)
Gillette v. U.S., 401 U.S. 437 (Cal. 1971)
Girouard v. United States, 328 U.S. 61 (1946)
Hamilton v. Regents of the University of California, 293 U.S. 245 (1934)
In re Summers, 325 U.S. 561 (1945)
Jacobson v. Massachusetts, 197 U.S. 11 (1905)
Mulloy v. U.S., 398 U.S. 410 (1970)
Negre v. Larsen, 401 U.S. 437 (Cal. 1971)
Orloff v. Willoughby, 345 U.S. 83 (1953)
Rostker v. Golberg, 453 U.S. 57 (1981)
Sicurella v. United States, 348 U.S. 385 (1955)
Stromberg v. California, 283 U.S. 359 (1931)
U.S. v. Macintosh, 283 U.S. 605 (1931)
United States v. Schwimmer, 279 U.S. 644 (1929)
United States v. Bland, 283 U.S. 636 (1931)
United States v. Seeger, 380 U.S. 163 (1965)
United States v. Macintosh, 283 U.S. 605 (1931)
Welsh v. United States, 398 U.S. 333 (1970)
Witmer v. United States, 348 U.S. 375 (1955)

1.2. Sentencias de las Cortes Federales de Apelación.

Annett v. U.S., 205 F.2d 689 (C.A.Okl. 1953)
Armstrong v. Laird, 456 F.2d 521 (C.A.Mass., 1972)
Austin v. U.S., 434 F.2d 1301 (C.A. Fla., 1970), *cert. denied*, 402 U.S. 1012
Batterton v. U.S., 260 F.2d 233 (C.A.Mo.1958).
Blalock v. United States, 247 F.2d 615 (4th Cir. 1957).
Bohnert v. Faulkner, 438 F.2d 747 (C.A.Ky.1971).

Boudizen v. U.S., 251 F.2d 728 (10th Cir. 1958), *cert. denied*, 356 U.S. 927
Brooks v. U.S., 147 F.2d 134 (C.A.N.Y.1945), *cert. denied*, 324 U.S. 878
Carson v. U.S., 411 F.2d 631 (C.A.Ga. 1969), *cert. denied*, 396 U.S. 865
Clark v. Volatile, 427 F.2d (C.A.Pa.1970)
Cox v. Wedemeyer, 192 F.2d 920 (C.A.Cal.1951)
De Remer v. U.S., 340 F.2d 712 (C.A.Minn.1965)
Elizarraraz v. U.S., 400 F.2d 898 (C.A.Tex.1968)
Heflin v. Sanford, 142 F.2d 798 (5th Cir.1944)
Helwick v. Laird, 438 F.2d 959 (C.A.Tex.1971)
Hinkle v. U.S., 216 F.2d 8 (C.A.Cal., 1954), *cert. denied*, 348 U.S. 970
Hopkins v. Schlesinger, 515 F.2d 1224
Horey v. Tarr, 470 F.2d 775 (C.A.N.Y.1972)
Iverson v. Rhodes, 465 F.2d 402 (C.A.Ind.1972)
Kaline v. U.S., 235 F.2d 54 (C.A.Cal.1956)
Keene v. U.S., 266 F.2d 378 (C.A. Colo., 1959)
Koh v. Secretary of the Air Force, 719 F.2d 1384 (C.A.Cal.1983)
Korte v. U.S., 260 F.2d 633 (C.A. Cal., 1958), *cert. denied*, 358 U.S. 928
LaFranchi v. Seaman, 536 F.2d 1259 (C.A.Cal.1976)
Moon v. United States, 220 F.2d 730 (5th Cir.1955)
Nelloms v. U.S., 399 F.2d 295 (C.A.Ga.1968)
Peckat v. Lutz, 451 F.2d 366 (C.A.Md.1971)
Richter v. U.S., 181 F.2d 591 (C.A. Cal., 1950), *cert. denied*, 340 U.S. 892.
Riles v. U.S., 223 F.2d 786 (C.A.Fla. 1955)
Roberston v. U.S., 417 F.2d 440 (C.A.Miss.1969)
Schuman v. U.S., 208 F.2d 801 (C.A.Cal.1953)
Schutz v. U.S., 422 F.2d 502 (C.A.Tenn.1969)
Silverthrone v. Laird, 460 F.2d 1175 (C.A.Tex.1972)
Slabaugh v. U.S., 474 F.2d 592 (C.A.Ohio 1973), *cert. denied*, 414 U.S. 868
Tamarkin v. U.S., 260 F.2d 436 (C.A.Fla., 1958), *cert.denied*, 359 U.S. 925;
reharing denied, 359 U.S. 976
Taylor v. Claytor, 601 F.2d 1102 (C.A.Cal.1979)

Thomson v. U.S., 474 F.2d 323 (C.A.Wash. 1973)
Turner v. U.S., 410 F.2d 837 (C.A. Fla., 1969)
U.S. v. Andrews, 446 F.2d 1086 (C.A.Okl. 1971)
U.S. v. Baechler, 509 F.2d 13 (N.C.1974), *cert. denied*, 421 U.S. 993
U.S. v. Bertram, 477 F.2d 1329 (C.A.Colo.1973)
U.S. v. Boardman, 419 F.2d 110 (C.A.Mass., 1969), *cert. denied*, 397 U.S. 991.
U.S. v. Brown, 423 F.2d 751 (C.A.Pa., 1970), *cert. denied*, 401 U.S. 966
U.S. v. Broyles, 423 F.2d 1299 (4th Cir.1970)
U.S. v. Burns, 450 F.2d 44 (C.A.Colo.1971)
U.S. v. Cabbage, 430 F.2d 1037 (C.A.Tenn.1970)
U.S. v. Carroll, 398 F.2d 651 (C.A.N.J., 1968)
U.S. v. Coffey, 430 F.2d 96 (C.A.Cal.1970)
U.S. v. Corliss, 280 F.2d 808 (C.A.N.Y.1960); *cert. denied*, 364 U.S. 884.
U.S. v. Chaudron, 425 F.2d 605 (C.A.Mo.1970)
U.S. v. Daniel, 462 F.2d 349 (1972)
U.S. v. Davila, 429 F.2d 481 (C.A. Texas 1970)
U.S. v. Dillon, 294 F.2d 631 (C.A.Ga.1969), *cert. denied*, 396 U.S. 865
U.S. v. Fallon, 407 F.2d 621 (7th Cir. 1969)
U.S. v. Fleming, 344 F.2d 912 (10th Cir. 1965)
U.S. v. Fox, 437 F.2d 419 (C.A.Cal.1971)
U.S. v. Gearey, 379 F.2d 915 (C.A.N.Y.1967), *cert. denied*, 389 U.S. 959
U.S. v. Hartman, 209 F.2d 366 (C.A.N.Y. 1954)
U.S. v. Haughton, 413 F.2d 736 (9th Cir.1969).
U.S. v. Henderson, 180 F.2d 711 (7th Cir. 1950), *cert. denied*, 339 U.S. 963
U.S. v. Hodgins, 485 F.2d 549 (1973)
U.S. v. Hodgins, 485 F.2d 549 (C.A.Cal.1973)
U.S. v. Hoepker, 223 F.2d 921 (7th Cir. 1955)
U.S. v. Holmes, 387 F.2d 781 (7th Cir.1968)
U.S. v. Iverson, 455 F.2d 79 (C.A.N.D.1972)
U.S. v. James, 417 F.2d 826 (C.A.N.C.1969)
U.S. v. Jennings, 473 F.2d 999 (C.A.Ariz.1973), *cert. denied*, 414 U.S. 819

- U.S. v. Johnson*, 476 F.2d 1251 (C.A.Miss.1973)
U.S. v. Johnson, 459 F.2d 591 (C.A. Wash. 1972)
U.S. v. Kerley, 787 F.2d 1147 (7th Cir.1986)
U.S. v. Kurzyna, 485 F.2d 517 (C.A.N.Y.1973)
U.S. v. Lemmens, 430 F.2d 619 (7th Cir.1970)
U.S. v. Lemons, 480 F.2d 1214 (C.A.Ga.1973)
U.S. v. Lemons, 480 F.2d 1214 (C.A.Ga.1973), *reharing denied* 480 F.2d 925, *cert.denied*, 415 U.S. 932
U.S. v. Lyzun, 444 F.2d 1043 (C.A.Ill.1971), *cert. denied*, 404 U.S. 948.
U.S. v. Milligan, 457 F.2d 916 (C.A.Iowa 1972)
U.S. v. Neamand, 452 F.2d 25 (C.A.Pa.1971)
U.S. v. Orr, 474 F.2d 1365 (C.A.N.Y.1973), *cert. denied*, 414 U.S. 871
U.S. v. Owen, 415 F.2d 383 (C.A.Mo. 1969)
U.S. v. Owen, 415 F.2d 383 (C.A.Mo.1969)
U.S. v. Palmer, 223 F.2d 893 (3rd Cir.1955)
U.S. v. Pence, 410 F.2d 557 (C.A. Minn. 1969)
U.S. v. Perdue, 469 F.2d 1195 (C.A.Cal. 1972)
U.S. v. Petersen, 456 F.2d 1099 (C.A.Minn.1972)
U.S. v. Reeb, 433 F.2d 381 (C.A.Cal.1970)
U.S. v. Reiss, 478 F.2d 338 (C.A.N.Y.1973)
U.S. v. Riely, 484 F.2d 661 (C.A.Ill.1973)
U.S. v. Rosebear, 500 F.2d 1102 (C.A.Minn.1974)
U.S. v. Schmucker, 815 F.2d 413 (6th Cir. 1887)
U.S. v. Stewart, 472 F.2d 1114 (C.A.N.H., 1973)
U.S. v. Stow, 474 F.2d 1132 (C.A.Cal.1973)
U.S. v. Thaxter, 437 F.2d 417 (C.A.Cal.1971)
U.S. v. Tigerman, 456 F.2d 54 (C.A.Cal.1971), *cert. denied*, 407 U.S. 914
U.S. v. Wenzel, 422 F.2d 1325 (C.A.Cal.1970), *cert. denied*, 402 U.S. 981
U.S. v. White, 421 F.2d 487 (C.A.Fla.1969)
U.S. v. Wilson, 215 F.2d 443 (C.A.Ind.1954)
U.S. v. Willson, 452 F.2d 529 (C.A.Cal. 1971)

U.S. v. Wood, 454 F.2d 765 (C.A. Va., 1972)
U.S. ex rel. Greenwood v. Resor, 439 F.2d 1249 (C.A.Va. 1971)
United States v. Ford, 478 F.2d 169, (C.A.Mass. 1973), *cert. denied*, 414 U.S. 872
United States v. Cain, 149 F.2d 338 (1945)
Van Bibber v. U.S., 151 F.2d 444 (8th Cir. 1945)
Wright v. Ingold, 445 F.2d 109 (C.A.Ill.1971)
Zigmond v. Selective Service Local Board No. 16, 396 F.2d 290 (C.A.Mass.1968)
Brown v. McNamara, 387 F.2d 150 (1967)

1.3. Sentencias de las Cortes Federales de Distrito.

Alexander v. Trustees of Boston University, 584 F.Supp. 282 (D.Mass.1984)
Brown v. McNamara, 263 F.Supp. 686 (D.N.J.1967)
Czubaroff v. Schlesinger, 385 F.Supp. 728 (D.C.Pa. 1974)
Decker v. Wheeler, 331 F.Supp. 347 (D.C.Minn.1970)
Garman v. United States Postal Service, 509 F.Supp. 507 (N.D.Ind.1981)
Gilliam v. Reaves, 263 F.Supp. 378 (W.D.La.1966)
Kern v. Laird, 335 F.Supp. 824 (D.C.Colo. 1971)
Koster v. Sharp, 303 F.Supp. 836 (E.D.Pa. 1969)
Leonard v. Department of Navy, 12 RFR 130 (D.Me.1992)
McDowell v. Sacramento Local Bd. Group, Boards 21, 22 and 23, 264 F.Supp. 492
 (D.C.Cal.1967)
McKenney v. Irzyk, 317 F.Supp. 1051 (D.C.Mass.1970)
O'Connor v. McKean, 325 F.Supp.38 (D.C.Ala.1970), *affirmed* 442 F.2d 1351
Piercy v. Tarr, 343 F.Supp. 1120 (D.C.Cal.1972)
Reinhold v. Schlesinger, 379 F.Supp. 638 (D.C.Mass.1974)
Reiser v. Stone, 12 RFR 258 (E.D.Pa.1992)
Talford v. Seaman, 306 F.Supp. 941 (D.C.Md.1969)
U.S. v. Balckwell, 310 F.Supp.1152 (D.C.Me.1970)
U.S. v. Bartell, 144 F.Supp. 793 (D.C.N.Y., 1956)

U.S. v. Clinton, 310 F.Supp. 333 (D.C. La. 1970)
U.S. v. Corliss, 173 F.Supp. 677 (D.C.N.Y., 1959), affirmed 280 F.2d 808, *cert. denied* 81 S.Ct. 167, *U.S. v. Hustinger*, 343 F.Supp. 223 (D.C.Minn.1972)
U.S. v. Kuehnau, 349 F.Supp. 1323 (D.C. Wis., 1972)
U.S. v. Labherz, 129 F.Supp. 444 (D.C.N.J., 1955)
U.S. v. McFadden, 309 F.Supp. 502 (N.D. Cal. 1970)
U.S. v. Monroe, 150 F.Supp. 785 (D.C. Cal., 1957)
U.S. ex rel. Martinez v. Laird, 327 F.Supp. 711 (D.C.Fla.)
U.S. v. Shapiro, 396 F.Supp. 1058 (1975)
U.S. v. Sisson, 297 F.Supp. 902 (D.C.Mass., 1969), *appeal dismissed* 399 U.S. 267
U.S. v. Sloan, 302 F.Supp. 596 (D.C.Cal.1969)
U.S. v. Thorn, 317 F.Supp. 389 (1970)
U.S. v. Warkentine, No.82-10078-01(D.Kan.1983)
U.S. v. Warner, 284 F.Supp. 366 (D.C. Ariz.,1968)
U.S. v. Wymer, 284 F.Supp. 100 (D.C.Iowa, 1968)
Weber v. Inacker, 317 F.Supp. 651 (D.C.Pa. 1970)

2. Sentencias sobre objeciones laborales.

2.1. Sentencias de la Corte Suprema Federal.

Braunfeld v. Brown, 366 U.S. 599 (1961)

Estate of Thornton v. Caldor, 472 U.S. 703 (1985)

Fowler v. Rhode Island, 345 U.S. 67 (1953)

Frazee v. Employment Security Department, 103 L.Ed 2d 914 (1989)

Hobbie v. Unemployment Appeals Commission of Florida, 107 S.Ct. 1046 (1987)

McGowan v. Maryland, 366 U.S. 420 (1961)

Sherbert v. Verner, 374 U.S. 398 (1963)

Thomas v. Review Board of Indiana Employment Sec. Division, 450 U.S. 707 (1981)

TWA v. Hardison, 432 U.S. 63 (1977)

2.2. Sentencias de las Cortes Federales de Apelación

Bhatia v. Chevron U.S.A., Inc., 734 F.2d 1382 (9th Cir. 1984)

Burns v. Southern Pacific Transportation Co., 589 F.2d 403 (9th Cir. 1978)

Cooper v. General Dynamics, Convair Aerospace Div., 533 F.2d 163 (5th Cir. 1976)

Cummings v. Parker Seal Co., 516 F.2d 544, (6th Cir. 1975)

Chrysler Corporation v. Mann, 561 F.2d 1282 (1977)

Drapper v. United States Pipe and Foundry Co., 527 F.2d 515 (6th Cir.1976)

E.E.O.C. v. Townley Engineering and Manufacturing Co., 859 F.2d 610 (1988)

Jordan v. North Carolina National Bank, 565 F.2d 72 (4 th Cir. 1977)

Mc. Daniel v. Essex International, Inc. 696 F.2d 34 (6th Cir. 1982)

Minkus v. Metropolitan Sanitary District, 600 F.2d 80 (7th Cir.1979)

Nottleson v. Smith Steel Workers D.A.L.U., 643 F.2d 445 (7th Cir. 1981)

Protos v. Volkswagen of America, 797 F.2d 129 (3rd Cir. 1986)

Redmond v. GAF Corp., 574 F.2d 897 (7th Cir.1978)

Tooley v. Martin-Marietta Corp., 696 F.2d 1244 (9th Cir. 1981)

Turpen v. Missouri-Kansas-Texas Railroad Co., 736 F.2d 1022 (5th Cir. 1984)

United States v. City of Albuquerque, 545 F.2d 110 (1976)
Williams v. Southern Union Gas Company, 529 F.2d 483 (10th Cir.1976)
Wren v. T.I.M.E.-D.C., Inc., 595 F.2d 441 (9th Cir.1979)
Young v. Southwestern Savings and Loan Association, 509 F.2d 140 (5th Cir. 1975)

2.3. Sentencias de las Cortes Federales de Distrito.

Brown v. Pena, 441 F.Supp. 1382 (S.D.Fla.1977)
Dixon v. Omaha Public Power District, 386 F.Supp. 1382 (D.C.Neb. 1974)
EEOC v. Chrysler Corp., 652 F.Supp. 1523 (N.D.Ohio 1987)
EEOC v. Sambo's of Georgia, Inc., 530 F.Supp. 86 (N.D. Georgia 1981)
Linscott v. Millers Falls Company, 316 F.Supp.1369 (1970)
Reid v. Memphis Publishing Company, 369 F.Supp. 684 (W.D.Tenn. 1973)
Wedmore v. Sidha Corporation International, no. 35-801-E (S.D. Iowa 1985), 5 RFR
180

2.4. Sentencias de Cortes estatales.

State v. Anonymous, 33 Conn.Supp. 55, 364 A.2d 244 (Com.Pl.1976)

3. Sentencias sobre objeción fiscal.

3.1. Sentencias de la Corte Suprema Federal.

United States v. American Friends Service Commitee, 419 U.S. 7 (1974)
United States v. Lee, 455 U.S. 252 (1982)

3.2. Sentencia de la Tax Court Federal.

Anthony v. Commisioner, 66 T.C. 367 (1976)

Borntrager v. Commissioner, 58 TCM 1242 (1990)
Bowman v. Commisioner, 35 T.C. (CCH) 881 (1976)
Di Carlos v. Commissioner of Internal Revenue, 63 T.C.M. (CCH) 3015 (T.C. 1992)
Domizio v. Commisioner, 37 T.C.M. (CCH) 704 (1978)
Egnal v. Commisioner of Internal Revenue, 65 TC 255 (1975)
Hugues v. Commissioner, 81 T.C. 683 (1983)
Lybeck v. Commisioner, 35 T.C. (CCH) 1440 (1976)
Muste v. Commisioner, 35 TC 913 (1961).
Scheide v. Commisioner, 65 T.C. 455 (1975)

3.3. Sentencias de las Cortes Federales de Apelación.

Autenrieth v. Cullen, 418 F.2d 586 (9th Cir. 1969)
Collett v. United States, 781 F.2d 53 (6th Cir. 1985)
Crowe v. Comm'r, 396 F.2d 766 (8th Cir. 1968)
Farmer v. Rountree, 252 F.2d 490 (6th Cir. 1958)
First v. Commisioner of Internal Revenue, 547 F.2d 45 (7th Cir. 1976)
Kalish v. United States, 411 F.2d 606 (9th Cir. 1969)
Lull v. Commisioner of Internal Revenue, 602 F.2d 1166 (4th Cir. 1979).
Swallow v. United States, 325 F.2d 97 (10th Cir.1963), cert. denied 84 S.Ct. 1630 (1964)
United States v. Malinowski, 472 F.2d 850 (3rd Cir. 1973), cert. denied, 93 S.Ct. 2164.

3.4. Sentencias de las Cortes Federales de Distrito.

American Friends Service Commitee v. United States, 368 F.Supp. 1176 (E.D. Pennsylvania 1973)
United States v. Haworth, 386 F.Supp. 1099 (S.D.N.Y. 1974)

3.5. Sentencias de Tribunales estatales.

Erzinger v. Regents of the University of California, no. 408.559 Super. Ct. Cali., filed april 25, 1980 *McKee v. County of Ramsey*, Minn. 316 N.W.2d 555 (1982)

4. Sentencias sobre objeciones a normas administrativas.

4.1. Sentencias de la Corte Suprema Federal.

Bowen v. Roy, 476 U.S. 693 (1986)

Goldman v. Weinberger, 475 U.S. 503 (1986)

Jensen v. Quaring, 105 S.Ct. 3492, 86 L.Ed.2d 383 (1985)

Lyng v. Northwestern Indian Cementery Protective Association, 108 S.Ct. 1319 (1988)

Minnesota v. Hershberger, 110 S.Ct. 1918 (1990)

Wooley v. Maynard, 430 U.S. 705 (1977)

4.2. Sentencias de las Cortes Federales de Apelación.

Cooper v. Eugene School District No. 4j, 723 P.2d 298 (1986), *appeal dismissed*, 480 U.S. 942 (1987)

Khalsa v. Weinberger, 759 F.2d 1411 (9th Cir. 1985)

Leahy v. District of Columbia, 833 F.2d 1046 (D.C.Cir. 1987)

Menora v. Illinois High School Association, 683 F.2d 1030 (7th Cir. 1982)

Quaring v. Peterson, 728 F.2d 1121 (8th Cir., 1984)

U.S. v. Board of Education for the School Distr. of Phil., 911 F.2d 882 (3rd Cir. 1990)

4.3. Sentencias de las Cortes Federales de Distrito.

Dennis v. Charnes, 571 F.Supp. 462 (D.C.Colorado, 1983)

Roy v. Cohen, 590 F.Supp. 600 (1984)

4.4. Sentencias de Tribunales estatales.

Bisset v. State, 727 P.2d 1293 (Idaho App.1986)

Bureau of Motor Vehicles v. Pentecostal House of Prayer, 380 N.E.2d 1225 (1978)

Mississippi Employment Security Commission v. McGlothin, 556 So.2d 324
(Miss.1990)

Penner v. King, 695 S.W.2d 887 (Mo. 1985), 5 RFR 161

Stackler v. Department of Motor Vehicles, No. 296081 (Cal.Super.Ct July 10. 1984),
4 RFR 234

State of Minnesota v. Hershberger, 462 N.W.2d 393 (1990)

State of Minnesota v. Hershberger, 444 N.W.2d 282 (1989)

Wyoming ex rel. Scholl v. Anselmi, 640 P.2d 746 (Wyo. 1982), 2 RFR 68

5. Decisiones sobre objeciones de conciencia a tratamientos médicos.

5.1. Sentencias de la Corte Suprema Federal.

Funkhouser v. Oklahoma, 490 U.S. 1066 (1989) (9 RFR 128)

Jacobson v. Massachusetts, 197 U.S. 11 (1904)

Prince v. Massachusetts, 321 U.S. 158 (1944)

Spratt v. County of Kent, 480 U.S. 934 (1987) (7 RFR 312)

5.2. Decisiones de Cortes Federales de Apelación.

Application of the President and Directors of Georgetown College, Inc. 331 F.2d 1000 (Colum. Cir.1964)

Application of the President and Directors of Georgetown College, Inc., 331 F.2d 1010 (1964)

5.3. Decisiones de Cortes Federales de Distrito.

Avard v. Dupuis, 376 F.Supp. 479 (1974)

Davis v. United States, 629 F.Supp. 1 (E.D. Ark. 1986)

Holmes v. Silver Cross Hospital, 340 F.Supp. 125 (N.D. Illinois 1972)

Jehovah's Witnesses in State of Washington v. King County Hospital, 278 F. Supp. 488 (1967)

Montgomery v. County of Clinton, Mich., 743 F.Supp. 1253 (W.D.Mich. 1990)

United States v. George, 239 F.Supp. 752 (1965)

Yang v. Sturner, 750 F.Supp. 558 (D. Rhode Island 1990)

You Vang Yang v. Sturner, 728 F.Supp. 845 (D.Rhode Island 1990)

5.4. Decisiones de Tribunales estatales.

Application of Cicero, 421 N.Y.S.2d 965 (1979)

Application of Jamaica Hosp., 491 N.Y.S.2d 898 (Sup. 1985)
Battaglia v. Battaglia, 172 N.Y.S.2d 361 (1958)
Board of Education of Mountain Lakes v. Maas, 152 A.2d 394 (1959)
Bradley v. State, 84 So. 677 (1920)
Brown v. Stone, Miss. 378 So.2d 218 (1980)
Colorado v. Lybarger, No. 82-CR-205, Colo.Cir.Ct., Larimer Cty. 1982, 2 RFR 283
Commonwealth v. Barnhart, 497 A.2d 616 (Pa. Super. 1985)
Commonwealth v. Breth, 44 Pa.County Ct. 56 (1915)
Commonwealth v. Hoffmann, 29 Pa.C. 65 (Butler Co.1903)
Craig v. State, 155 A.2d 684 (1959)
Crouse Irving Memorial Hospital v. Paddock, 485 N.Y.S.2d 443 (Sup.1985)
Cude v. State, 377 S.W.2d 816 (1964)
Custody of a Minor, Mass. 379 N.E.2d 1053 (1978)
Hoener v. Bertinato, 171 A.2d 140 (1961)
In re Baby Boy Santos, 71 Misc.2d 789, 336 N.Y.S.2d 817 (1972)
In re Boyd, 403 A.2d 744 (1979)
In re Brooks' Estate, 205 N.E.2d 435 (1965)
In re Green, 292 A.2d 387 (1972)
In re Karwarth, 109 N.W.2d 147 (1972)
In re Maria Anthony, 81 Misc.2d 342, 366 N.Y.S.2d 333 (1975)
In re Miller, 40 Wash.2d 319, 242 P.2d 1016 (1952)
In re Osborne, 294 A.2d 372 (1972)
In re Sampson, 317 N.Y.S.2d 641 (1970)
In re Seiferth, 127 N.E.2d 820 (1955)
In the Matter of the Application of Winthrop University Hospital, 490 N.Y.S.2d 996
 (1985)
In the Matter of Appeal in Cochise County, Ariz. 650 P.2d 459 (1982)
Jefferson v. Griffin Spalding County Hospital, Ga. 274 S.E.2d 457 (1981)
John F. Kennedy Memorial Hospital v. Heston, 279 A.2d 670 (1971)
Levitski v. Levitski, 190 A.2d 621 (1963)
Maier v. Besser, 341 N.Y.S.2d 411 (1972)

Matter of Hamilton, 657 S.W.2d 425 (Tenn. App. 1983)
Matter of Jensen, Or. App., 633 P.2d 1302 (1981)
Matter of Melideo, 390 N.Y.S.2d 523 (1976)
Matter of Quinlan, 355 A.2d 647 (1976)
Mercy Hospital v. Jackson, 489 A.2d 1130 (Md. App. 1985)
Morrison v. State, 252 S.W.2d 97 (1952)
Owens v. State (116 P.345, 1911)
People in Interest of D.L.E., Colo. 645 P.2d 271 (1982)
People v. Arnold, 426 P.2d 515 (1967)
People v. Labrenz, 104 N.E.2d 769 (1952)
People v. Pierson, 68 N.E. 243 (1903)
Powell v. Columbian Presbyterian Medical Center, 267 N.Y.S.2d 450 (1965)
Raleigh Fitkin-Paul Morgan Mem. Hosp. v. Anderson, 201 A.2d 537 (1964), cert. denied 84 S.Ct. 1894
Randolph v. City of New York, 501 N.Y.S.2d 837 (A.D. Dept. 1986)
Schloendorff v. Society of New York Hospital, 211 N.Y. 125 (1914)
Shorter v. Drury, 695 P.2d 116 (Wash. 1985)
St. Mary's Hospital v. Ramsey, 465 So.2d 666 (Fla.App. 4 Dist. 1985)
State v. Chenoweth, 71 N.E. 197 (1904)
State v. McKown, 461 N.W.2d (Minn. App. 1990)
State v. Perricone, 181 A.2d 751 (1962)
Strunk v. Strunk, 445 S.W.2d 145 (Ky.Ct. App. 1969)
Superintendent of Belchertown v. Saikewitz, Mass. 370 N.E.2d at 425-427 (1977)
Superintendent of Belchertown v. Saikewitz, Mass. 370 N.E.2d at 425-427 (1977)
Syska v. Montgomery County Board of Education, Md. App. 415 A.2d 301 (1980)
Walker v. Superior Court (People), 253 Cal.Rptr. 1 (Cal. 1988)

6. Decisiones sobre objeción de conciencia al aborto y materias conexas.

6.1. Sentencias de la Corte Suprema Federal.

Beal v. Doe, Maher v. Doe, Poelker v. Doe, 432 U.S. 438 (1977)
Bellotti v. Baird II, 443 U.S. 622 (1979)
Bobo v. Texas, 490 U.S. 1066 (cert. denied, May 15, 1986)
Carey v. Population Services International, 431 U.S. 678 (1977)
City of Akron v. Akron Center for Reproductive Health, Inc., 76 L.Ed.2d 687 (1983)
Colautti v. Franklin, 439 U.S. 379 (1979)
Eisenstadt v. Baird, 415 U.S. 438 (1972)
Griswold v. Connecticut, 381 U.S. 479 (1965)
H.L. v. Matheson, 450 U.S. 398 (1981)
Harris v. McRae, 448 U.S. 297 (1980)
Hirst v. City of Atlanta, Ga., 110 S.Ct. 2163 (1990) ;
Hodgson v. Minnesota, 110 S.Ct. 2926 (1990)
Planned Parenthood of Central Missouri v. Danforth, 428 U.S. 52 (1976)
Planned Parenthood Association of Kansas City v. Ashcroft, 76 L.Ed.2d 733 (1983)
Planned Parenthood of Southeastern Pennsylvania v. Casey, 1992 U.S. Lexis 4751
(1992), 12 RFR 223 (1992)
Roe v. Wade, 410 S.Ct. 113 (1973)
Simopoulos v. Virginia, 76 L.Ed.2d 755 (1983)
Thornburgh v. American College of Obstetricians and Gynecologists, 476 U.S. 747
(1986)
Webster v. Reproductive Health Services, 106 L.Ed.2d 410 (1989)

6.2. Sentencias de Cortes Federales de Apelación.

Abortion Rights Mobilization v. Baker, 824 F.2d 156 (2nd Cir.1987)
Chrisman v. Sisters of St. Joseph of Peace, 506 F.2d 308 (9th Cir.1974)
National Org. for Women v. Operation Rescue, 914 F.2d 58 (4th Cir. 1990)
Nyberg v. City of Virginia, 667 F.2d 754 (8th Cir. 1982)
Roe v. Operation Rescue, 919 F.2d 857 (3rd Cir.1990)

6.3. Sentencias de Cortes Federales de Distrito.

Abortion Rights Mobilization Inc. v. Regan, 603 F.Supp. 970 (S.D.N.Y. 1982)
Armes v. City of Philadelphia, 706 F.Supp. 1156 (E.D.Pa. 1989)
Guam Society of Obstetricians and Gynecologists v. Ada, 962 F.2d 1366 (9th Cir. 1992), 12 RFR 222 (1992)
Haring v. Blumenthal, 471 F.Supp. 1172 (D.C. Columbia, 1979)
Jane v. Bangerter, No.91-C-345G1992, U.S.Dist.Lexis 7529 (D. Utah), 12 RFR 268
Taylor v. St. Vincent's Hospital, 369 F.Supp. 948 (D.C.Mont.1973), *affirmed* 523 F.2d 75
Tramm v. Porter Memorial Hospital et al., 128 F.D.R. 666, 1989 U.S. Dist. Lexis 16391
Watkins v. Mercy Medical Center, 364 F.Supp. 799 (D.C. Idaho, 1973), *affirmed* 520 F.2d 894 (9th Cir. 1975)

6.4. Sentencias de Tribunales estatales.

Kenny v. Ambulatory Centre of Miami, 400 So.2d 1262, Fla.App. 1981
Planned Parenthood Assoc. of Cincinnati, Inc. v. Project Jericho, 556 N.E.2d 57 (Ohio, 1983)
Planned Parenthood League of Mass., Inc. v. Operation Rescue, 550 N.E.2d 1361 (Mass.1990)
Spellacy v. Tri-County Hospital, 18 Empl.Prac.Dec. (CCH) 8871, *aff'd*, 395 A.2d 998 (1978)
Swanson v. St. John's Lutheran Hospital, 597 P.2d 702 (1979)

7. Sentencias sobre empleo de drogas en rituales religiosos.

7.1. Decisiones de la Corte Suprema Federal.

Employment Division, Department of Human Resources of Oregon v. Smith, 110 S.Ct. 1595 (1990)

7.2. Decisiones de las Cortes Federales de Apelación.

Leary v. United States, 383 F.2d 851 (5th Cir. 1967)
Olsen v. Drug Enforcement Administration, 878 F.2d 1548 (Columbia Cir. 1989)
Olsen v. State of Iowa, 808 F.2d 652 (8th Cir. 1986)
United States v. Hudson, 431 F.2d 468 (5th Cir. 1970)
United States v. Rush, 738 F.2d 497 (1st Cir. 1984)
United States v. Spears, 443 F.2d 895 (5th Cir)

7.3. Decisiones de las Cortes Federales de Distrito.

Native American Church of New York v. U.S., 468 F.Supp. 1247 (D.C.N.Y., 1979),
affirmed 633 F.2d 205
Olsen v. State of Iowa, 649 F.Supp. 14 (S.D. Iowa, 1986)
United States v. Kuch, 288 F.Supp. 439 (D.D.C. 1968)

7.4. Decisiones de Tribunales estatales.

Arizona v. Attakai, Criminal No. 4098, Coconino County, July 26, 1960.
In re Grady, 394 P.2d 728 (1964)
People v. Collins, 78 Cal.Rptr.151 (1969)
People v. Mitchell, 52 Cal.Rptr.884 (1966)
People v. Woody, 394 P.2d 813 (1964)
State v. Big Sheep, 243 P.1067 (1926)
State v. Blake, 695 P.2d 336 (1985 Hawaii App.)
State v. Bullard, 148 S.E.2d 565 (1966)
State v. Olsen, 315 N.W.2d 1 (1982)
State v. Rocheleau, 451 A.2d 1144 (1982)
State v. Soto, 537 P.2d 142 (1975)
State v. Whittingham, 504 P.2d 950 (1973)

8. Decisiones sobre objeción de conciencia al jurado, al juramento y temas conexos.

8.1. Sentencias de Cortes Federales de Apelación.

Community for Creative Non-Violence v. Heiss, 745 F.2d 697 (D.C.Cir 1984)

Gordon v. Idaho, 778 F.2d 518 (9th Cir.1983)

Grech v. Wainwright, 492 F.2d 747 (5th Cir. 1974)

Society of Separationists v. Herman, 959 F.2d 1283 (5th Cir. 1992)

United States v. Suskin, 450 F.2d 596 (2d Cir. 1971)

8.2. Sentencias de Cortes Federales de Distrito.

United States v. Hillyard, 52 F.Supp.612 (E.D.Washington, 1943)

United States v. Lewis, 638 F.Supp. 573 (1986)

8.3. Sentencias de Tribunales estatales.

Ex Parte Krupps, 712 S.W.2d 1444 (Tex.1986)

In re Jenison, 120 N.W.2d 515 (1963)

In re Jenison, 125 N.W.2d 588 (1963)

State (West Virginia) v. Everly, 146 S.E.2d 705 (1966)

State v. Wilson, 13 S.C.L. (2 McCord) 393 (1823)

Tennessee v. Hodges (Tenn.Ct.Crim.App. March 22, 1984), 4 RFR 144

Sentencias y decisiones judiciales por orden alfabético

- Abortion Rights Mobilization Inc. v. Regan*, 603 F.Supp. 970 (S.D.N.Y. 1982)
Abortion Rights Mobilization v. Baker, 824 F.2d 156 (2nd Cir.1987)
Alexander v. Trustees of Boston University, 584 F.Supp. 282 (D.Mass.1984)
American Friends Service Committee v. United States, 368 F.Supp. 1176 (E.D. Pennsylvania 1973)
Annett v. U.S., 205 F.2d 689 (C.A.Okl. 1953)
Anthony v. Commisioner, 66 T.C. 367 (1976)
Application of Cicero, 421 N.Y.S.2d 965 (1979)
Application of Jamaica Hosp., 491 N.Y.S.2d 898 (Sup. 1985)
Application of the President and Directors of Georgetown College, Inc. 331 F.2d 1000 (Colum. Cir.1964)
Application of the President and Directors of Georgetown College, Inc., 331 F.2d 1010 (1964)
Arizona v. Attakai, Criminal No. 4098, Coconino County, July 26, 1960.
Armes v. City of Philadelphia, 706 F.Supp. 1156 (E.D.Pa. 1989)
Armstrong v. Laird, 456 F.2d 521 (C.A.Mass., 1972)
Arver v. United States (Selective Draft Law Cases), 245 U.S. 366 (1918).
Austin v. U.S., 434 F.2d 1301 (C.A. Fla., 1970), *cert. denied*, 402 U.S. 1012
Autenrieth v. Cullen, 418 F.2d 586 (9th Cir. 1969)
Avard v. Dupuis, 376 F.Supp. 479 (1974)
- Battaglia v. Battaglia*, 172 N.Y.S.2d 361 (1958)
Batterton v. U.S., 260 F.2d 233 (C.A.Mo.1958).
Beal v. Doe, Maher v. Doe, Poelker v. Doe, 432 U.S. 438 (1977)
Belloti v. Baird II, 443 U.S. 622 (1979)
Bhatia v. Chevron U.S.A., Inc., 734 F.2d 1382 (9th Cir. 1984)
Bisset v. State, 727 P.2d 1293 (Idaho App.1986)
Blalock v. United States, 247 F.2d 615 (4th Cir. 1957).
Board of Education of Mountain Lakes v. Maas, 152 A.2d 394 (1959)
Bobo v. Texas, 490 U.S. 1066 (*cert. denied*, May 15, 1986)
Bohnert v. Faulkner, 438 F.2d 747 (C.A.Ky.1971).
Borntrager v. Commissioner, 58 TCM 1242 (1990)
Boudizen v. U.S., 251 F.2d 728 (10th Cir. 1958), *cert. denied*, 356 U.S. 927
Bowen v. Roy, 476 U.S. 693 (1986)
Bowman v. Commisioner, 35 T.C. (CCH) 881 (1976)

- Bradley v. State*, 84 So. 677 (1920)
- Braunfeld v. Brown*, 366 U.S. 599 (1961)
- Brooks v. U.S.*, 147 F.2d 134 (C.A.N.Y.1945), *cert. denied*, 324 U.S. 878
- Brown v. McNamara*, 387 F.2d 150 (1967)
- Brown v. McNamara*, 263 F.Supp. 686 (D.N.J.1967)
- Brown v. Pena*, 441 F.Supp. 1382 (S.D.Fla.1977)
- Brown v. Stone*, Miss. 378 So.2d 218 (1980)
- Bureau of Motor Vehicles v. Pentecostal House of Prayer*, 380 N.E.2d 1225 (1978)
- Burns v. Southern Pacific Transportation Co.*, 589 F.2d 403 (9th Cir. 1978)
- Burns v. Wilson*, 346 U.S. 137 (1953)
- Carey v. Population Services International*, 431 U.S. 678 (1977)
- Carson v. U.S.*, 411 F.2d 631 (C.A.Ga. 1969), *cert. denied*, 396 U.S. 865
- City of Akron v. Akron Center for Reproductive Health, Inc.*, 76 L.Ed.2d 687 (1983)
- Clark v. Volatile*, 427 F.2d (C.A.Pa.1970)
- Clay v. United States*, 403 U.S. 698 (1971)
- Colautti v. Franklin*, 439 U.S. 379 (1979)
- Colorado v. Lybarger*, No. 82-CR-205, Colo.Cir.Ct., Larimer Cty. 1982, 2 RFR 283
- Collett v. United States*, 781 F.2d 53 (6th Cir. 1985)
- Commonwealth v. Barnhart*, 497 A.2d 616 (Pa. Super. 1985)
- Commonwealth v. Hoffmann*, 29 Pa.C. 65 (Butler Co.1903)
- Commonwealth v. Breth*, 44 Pa.County Ct. 56 (1915)
- Community for Creative Non-Violence v. Heiss*, 745 F.2d 697 (D.C.Cir 1984)
- Cooper v. Eugene School District No. 4j*, 723 P.2d 298 (1986), *appeal dismissed*, 480 U.S. 942 (1987)
- Cooper v. General Dynamics, Convair Aerospace Div.*, 533 F.2d 163 (5th Cir. 1976)
- Cox v. United States*, 332 U.S. 442 (1947)
- Cox v. Wedemeyer*, 192 F.2d 920 (C.A.Cal.1951)
- Craig v. State*, 155 A.2d 684 (1959)
- Crouse Irving Memorial Hospital v. Paddock*, 485 N.Y.S.2d 443 (Sup.1985)
- Crowe v. Comm'r*, 396 F.2d 766 (8th Cir. 1968)
- Cude v. State*, 377 S.W.2d 816 (1964)
- Cummings v. Parker Seal Co.*, 516 F.2d 544, (6th Cir. 1975)
- Custody of a Minor*, Mass. 379 N.E.2d 1053 (1978)
- Czubaroff v. Schlesinger*, 385 F.Supp. 728 (D.C.Pa. 1974)

Chrisman v. Sisters of St. Joseph of Peace, 506 F.2d 308 (9th Cir.1974)

Chrysler Corporation v. Mann, 561 F.2d 1282 (1977)

Davis v. United States, 629 F.Supp. 1 (E.D. Ark. 1986)

De Remer v. U.S., 340 F.2d 712 (C.A.Minn.1965)

Decker v. Wheeler, 331 F.Supp. 347 (D.C.Minn.1970)

Dennis v. Charnes, 571 F.Supp. 462 (D.C.Colorado, 1983)

Di Carlo v. Commissioner of Internal Revenue, 63 T.C.M. (CCH) 3015 (T.C. 1992)

Dickinson v. United States, 346 U.S. 389 (1953)

Dixon v. Omaha Public Power District, 386 F.Supp. 1382 (D.C.Neb. 1974)

Domizio v. Commisioner, 37 T.C.M. (CCH) 704 (1978)

Drapper v. United States Pipe and Foundry Co., 527 F.2d 515 (6th Cir.1976)

E.E.O.C. v. Chrysler Corp., 652 F.Supp. 1523 (N.D.Ohio 1987)

E.E.O.C. v. Sambo's of Georgia, Inc., 530 F.Supp. 86 (N.D. Georgia 1981)

E.E.O.C. v. Townley Engineering and Manufacturing Co., 859 F.2d 610 (1988)

Egnal v. Commisioner of Internal Revenue, 65 TC 255 (1975)

Eisenstadt v. Baird, 415 U.S. 438 (1972)

Elizarraraz v. U.S., 400 F.2d 898 (C.A.Tex.1968)

Employment Division, Department of Human Resources of Oregon v. Smith, 110 S.Ct. 1595 (1990)

Erzinger v. Regents of the University of California, no. 408.559 Super. Ct. Cali., filed april 25, 1980

Estate of Thornton v. Caldor, 472 U.S. 703 (1985)

Estep v. United States, 327 U.S. at 123 (1946)

Ex Parte Krupps, 712 S.W.2d 1444 (Tex.1986)

Falbo v. United States, 320 U.S. 549 (1944)

Farmer v. Rountree, 252 F.2d 490 (6th Cir. 1958)

First v. Commisioner of Internal Revenue, 547 F.2d 45 (7th Cir. 1976)

Fowler v. Rhode Island, 345 U.S. 67 (1953)

Frazee v. Employment Security Department, 103 L.Ed 2d 914 (1989)

Funkhouser v. Oklahoma, 490 U.S. 1066 (1989) (9 RFR 128)

Garman v. United States Postal Service, 509 F.Supp. 507 (N.D.Ind.1981)

Gibson v. U.S., Ohio & S.D., 399 U.S. 338 (1946)

Gillette v. U.S., 401 U.S. 437 (Cal. 1971)

Gilliam v. Reaves, 263 F.Supp. 378 (W.D.La.1966)
Girouard v. United States, 328 U.S. 61 (1946)
Goldman v. Weinberger, 475 U.S. 503 (1986)
Gordon v. Idaho, 778 F.2d 518 (9th Cir.1983)
Grech v. Wainwright, 492 F.2d 747 (5th Cir. 1974)
Griswold v. Connecticut, 381 U.S. 479 (1965)
Guam Society of Obstetricians and Gynecologists v. Ada, 962 F.2d 1366 (9th Cir. 1992), 12 RFR 222 (1992)

H.L. v. Matheson, 450 U.S. 398 (1981)
Hamilton v. Regents of the University of California, 293 U.S. 245 (1934)
Haring v. Blumenthal, 471 F.Supp. 1172 (D.C. Columbia, 1979)
Harris v. McRae, 448 U.S. 297 (1980)
Heflin v. Sanford, 142 F.2d 798 (5th Cir.1944)
Helwick v. Laird, 438 F.2d 959 (C.A.Tex.1971)
Hinkle v. U.S., 216 F.2d 8 (C.A.Cal., 1954), *cert. denied*, 348 U.S. 970
Hirst v. City of Atlanta, Ga., 110 S.Ct. 2163 (1990) ;
Hobbie v. Unemployment Appeals Commission of Florida, 107 S.Ct. 1046 (1987)
Hodgson v. Minnesota, 110 S.Ct. 2926 (1990)
Hoener v. Bertinato, 171 A.2d 140 (1961)
Holmes v. Silver Cross Hospital, 340 F.Supp. 125 (N.D. Illinois 1972)
Hopkins v. Schlesinger, 515 F.2d 1224
Horey v. Tarr, 470 F.2d 775 (C.A.N.Y.1972)
Hugues v. Commissioner, 81 T.C. 683 (1983)

In re Baby Boy Santos, 71 Misc.2d 789, 336 N.Y.S.2d 817 (1972)
In re Boyd, 403 A.2d 744 (1979)
In re Brooks' Estate, 205 N.E.2d 435 (1965)
In re Grady, 394 P.2d 728 (1964)
In re Green, 292 A.2d 387 (1972)
In re Jenison, 125 N.W.2d 588 (1963)
In re Jenison, 120 N.W.2d 515 (1963)
In re Karwarth, 109 N.W.2d 147 (1972)
In re Maria Anthony, 81 Misc.2d 342, 366 N.Y.S.2d 333 (1975)
In re Miller, 40 Wash.2d 319, 242 P.2d 1016 (1952)

- In re Osborne*, 294 A.2d 372 (1972)
In re Sampson, 317 N.Y.S.2d 641 (1970)
In re Seiferth, 127 N.E.2d 820 (1955)
In re Summers, 325 U.S. 561 (1945)
In the Matter of Appeal in Cochise County, Ariz. 650 P.2d 459 (1982)
In the Matter of the Application of Winthrop University Hospital, 490 N.Y.S.2d 996 (1985)
Iverson v. Rhodes, 465 F.2d 402 (C.A.Ind.1972)
- Jacobson v. Massachussets*, 197 U.S. 11 (1905)
Jane v. Bangerter, No.91-C-345G1992, U.S.Dist.Lexis 7529 (D. Utah), 12 RFR 268
Jefferson v. Griffin Spalding County Hospital, Ga. 274 S.E.2d 457 (1981)
Jehovah's Witnesses in State of Washington v. King County Hospital, 278 F. Supp. 488 (1967)
Jensen v. Quaring, 105 S.Ct. 3492, 86 L.Ed.2d 383 (1985)
John F. Kennedy Memorial Hospital v. Heston, 279 A.2d 670 (1971)
Jordan v. North Carolina National Bank, 565 F.2d 72 (4 th Cir. 1977)
- Kaline v. U.S.*, 235 F.2d 54 (C.A.Cal.1956)
Kalish v. United States, 411 F.2d 606 (9th Cir. 1969)
Keene v. U.S., 266 F.2d 378 (C.A. Colo., 1959)
Kenny v. Ambulatory Centre of Miami, 400 So.2d 1262, Fla.App. 1981
Kern v. Laird, 335 F.Supp. 824 (D.C.Colo. 1971)
Khalsa v. Weinberger, 759 F.2d 1411 (9th Cir. 1985)
Koh v. Secretary of the Air Force, 719 F.2d 1384 (C.A.Cal.1983)
Korte v. U.S., 260 F.2d 633 (C.A. Cal., 1958), *cert. denied*, 358 U.S. 928
Koster v. Sharp, 303 F.Supp. 836 (E.D.Pa. 1969)
- LaFranchi v. Seamans*, 536 F.2d 1259 (C.A.Cal.1976)
Leahy v. District of Columbia, 833 F.2d 1046 (D.C.Cir. 1987)
Leary v. United States, 383 F.2d 851 (5th Cir. 1967)
Leonard v. Department of Navy, 12 RFR 130 (D.Me.1992)
Levitski v. Levitski, 190 A.2d 621 (1963)
Linscott v. Millers Falls Company, 316 F.Supp.1369 (1970)
Lull v. Commisioner of Internal Revenue, 602 F.2d 1166 (4th Cir. 1979).
Lybeck v. Commisioner, 35 T.C. (CCH) 1440 (1976)
Lyng v. Northwestern Indian Cementery Protective Association, 108 S.Ct. 1319 (1988)

- Maier v. Besser*, 341 N.Y.S.2d 411 (1972)
- Matter of Jensen*, Or. App., 633 P.2d 1302 (1981)
- Matter of Hamilton*, 657 S.W.2d 425 (Tenn. App. 1983)
- Matter of Melideo*, 390 N.Y.S.2d 523 (1976)
- Matter of Quinlan*, 355 A.2d 647 (1976)
- Mc. Daniel v. Essex International, Inc.* 696 F.2d 34 (6th Cir. 1982)
- McDowell v. Sacramento Local Bd. Group, Boards 21, 22 and 23*, 264 F.Supp. 492 (D.C.Cal.1967)
- McGowan v. Maryland*, 366 U.S. 420 (1961)
- McKee v. County of Ramsey*, Minn. 316 N.W.2d 555 (1982)
- McKenney v. Irzyk*, 317 F.Supp. 1051 (D.C.Mass.1970)
- Menora v. Illinois High School Association*, 683 F.2d 1030 (7th Cir. 1982)
- Mercy Hospital v. Jackson*, 489 A.2d 1130 (Md. App. 1985)
- Minkus v. Metropolitan Sanitary District*, 600 F.2d 80 (7th Cir.1979)
- Minnesota v. Hershberger*, 110 S.Ct. 1918 (1990)
- Mississippi Employment Security Commission v. McGlothlin*, 556 So.2d 324 (Miss.1990)
- Montgomery v. County of Clinton, Mich.*, 743 F.Supp. 1253 (W.D.Mich. 1990)
- Moon v. United States*, 220 F.2d 730 (5th Cir.1955)
- Morrison v. State*, 252 S.W.2d 97 (1952)
- Mulloy v. U.S.*, 398 U.S. 410 (1970)
- Muste v. Commisioner*, 35 TC 913 (1961).
-
- National Org. for Women v. Operation Rescue*, 914 F.2d 58 (4th Cir. 1990)
- Native American Church of New York v. U.S.*, 468 F.Supp. 1247 (D.C.N.Y., 1979), *affirmed* 633 F.2d 205
- Negre v. Larsen*, 401 U.S. 437 (Cal. 1971)
- Nelloms v. U.S.*, 399 F.2d 295 (C.A.Ga.1968)
- Nottleson v. Smith Steel Workers D.A.L.U.*, 643 F.2d 445 (7th Cir. 1981)
- Nyberg v. City of Virginia*, 667 F.2d 754 (8th Cir. 1982)
-
- O'Connor v. McKean*, 325 F.Supp.38 (D.C.Ala.1970), *affirmed* 442 F.2d 1351
- Olsen v. State of Iowa*, 649 F.Supp. 14 (S.D. Iowa, 1986)
- Olsen v. State of Iowa*, 808 F.2d 652 (8th Cir. 1986)
- Olsen v. Drug Enforcement Administration*, 878 F.2d 1548 (Columbia Cir. 1989)
- Orloff v. Willoughby*, 345 U.S. 83 (1953)
- Owens v. State* (116 P.345, 1911)

- Peckat v. Lutz*, 451 F.2d 366 (C.A.Md.1971)
- Penner v. King*, 695 S.W.2d 887 (Mo. 1985), 5 RFR 161
- People in Interest of D.L.E.*, Colo. 645 P.2d 271 (1982)
- People v. Arnold*, 426 P.2d 515 (1967)
- People v. Collins*, 78 Cal.Rptr.151 (1969)
- People v. Labrenz*, 104 N.E.2d 769 (1952)
- People v. Mitchell*, 52 Cal.Rptr.884 (1966)
- People v. Pierson*, 68 N.E. 243 (1903)
- Piercy v. Tarr*, 343 F.Supp. 1120 (D.C.Cal.1972)
- People v. Woody*, 394 P.2d 813 (1964)
- Planned Parenthood Assoc. of Cincinnati, Inc. v. Project Jericho*, 556 N.E.2d 57 (Ohio, 1983)
- Planned Parenthood Association of Kansas City v. Ashcroft*, 76 L.Ed.2d 733 (1983)
- Planned Parenthood League of Mass., Inc. v. Operation Rescue*, 550 N.E.2d 1361 (Mass.1990)
- Planned Parenthood of Central Missouri v. Danforth*, 428 U.S. 52 (1976)
- Planned Parenthood of Southeastern Pennsylvania v. Casey*, 1992 U.S. Lexis 4751 (1992), 12 RFR 223 (1992)
- Powell v. Columbian Presbyterian Medical Center*, 267 N.Y.S.2d 450 (1965)
- Prince v. Massachusetts*, 321 U.S. 158 (1944)
- Protos v. Volkswagen of America*, 797 F.2d 129 (3rd Cir. 1986)
- Quaring v. Peterson*, 728 F.2d 1121 (8th Cir., 1984)
- Raleigh Fitkin-Paul Morgan Mem. Hosp. v. Anderson*, 201 A.2d 537 (1964), cert. denied 84 S.Ct. 1894
- Randolph v. City of New York*, 501 N.Y.S.2d 837 (A.D. Dept. 1986)
- Redmond v. GAF Corp.*, 574 F.2d 897 (7th Cir.1978)
- Reid v. Memphis Publishing Company*, 369 F.Supp. 684 (W.D.Tenn. 1973)
- Reinhold v. Schlesinger*, 379 F.Supp. 638 (D.C.Mass.1974)
- Reiser v. Stone*, 12 RFR 258 (E.D.Pa.1992)
- Richter v. U.S.*, 181 F.2d 591 (C.A. Cal., 1950), cert. denied, 71 S.Ct. 199, 340 U.S. 892.
- Riles v. U.S.*, 223 F.2d 786 (C.A.Fla. 1955)
- Roberston v. U.S.*, 417 F.2d 440 (C.A.Miss.1969)
- Roe v. Operation Rescue*, 919 F.2d 857 (3rd Cir.1990)
- Roe v. Wade*, 410 S.Ct. 113 (1973)
- Rostker v. Golberg*, 453 U.S. 57 (1981)

Roy v. Cohen, 590 F.Supp. 600 (1984)

Scheide v. Commisioner, 65 T.C. 455 (1975)

Schloendorff v. Society of New York Hospital, 211 N.Y. 125 (1914)

Schuman v. U.S., 208 F.2d 801 (C.A.Cal.1953)

Schutz v. U.S., 422 F.2d 502 (C.A.Tenn.1969)

Sherbert v. Verner, 374 U.S. 398 (1963)

Shorter v. Drury, 695 P.2d 116 (Wash. 1985)

Sicurella v. United States, 348 U.S. 385 (1955)

Silverthorne v. Laird, 460 F.2d 1175 (C.A.Tex.1972)

Simopoulos v. Virginia, 76 L.Ed.2d 755 (1983)

Slabaugh v. U.S., 474 F.2d 592 (C.A.Ohio 1973), *cert. denied*, 414 U.S. 868

Spellacy v. Tri-County Hospital, 18 Empl.Prac.Dec. (CCH) 8871, *aff'd*, 395 A.2d 998 (1978)

Spratt v. County of Kent, 480 U.S. 934 (1987) (7 RFR 312)

St. Mary's Hospital v. Ramsey, 465 So.2d 666 (Fla.App. 4 Dist. 1985)

Stackler v. Department of Motor Vehicles, No. 296081 (Cal.Super.Ct July 10. 1984), 4 RFR 234

State v. Anonymous, 33 Conn.Supp. 55, 364 A.2d 244 (Com.Pl.1976)

State v. Big Sheep, 243 P.1067 (1926)

State v. Blake, 695 P.2d 336 (1985 Hawaii App.)

State v. Bullard, 148 S.E.2d 565 (1966)

State v. Chenoweth, 71 N.E. 197 (1904)

State (West Virginia) v. Everly, 146 S.E.2d 705 (1966)

State v. McKown, 461 N.W.2d (Minn. App. 1990)

State v. Olsen, 315 N.W.2d 1 (1982)

State v. Perricone, 181 A.2d 751 (1962)

State v. Rocheleau, 451 A.2d 1144 (1982)

State v. Soto, 537 P.2d 142 (1975)

State v. Wilson, 13 S.C.L. (2 McCord) 393 (1823)

State of Minnesota v. Hershberger, 444 N.W.2d 282 (1989)

State of Minnesota v. Hershberger, 462 N.W.2d 393 (1990)

State v. Whittingham, 504 P.2d 950 (1973)

Stromberg v. California, 283 U.S. 359 (1931)

Strunk v. Strunk, 445 S.W.2d 145 (Ky.Ct. App. 1969)

Superintendent of Belchertown v. Saikewitz, Mass. 370 N.E.2d at 425-427 (1977)

Swallow v. United States, 325 F.2d 97 (10th Cir.1963), *cert. denied* 84 S.Ct. 1630 (1964)

- Swanson v. St. John's Lutheran Hospital*, 597 P.2d 702 (1979)
- Syska v. Montgomery County Board of Education*, Md. App. 415 A.2d 301 (1980)
- Talford v. Seaman*, 306 F.Supp. 941 (D.C.Md.1969)
- Tamarkin v. U.S.*, 260 F.2d 436 (C.A.Fla., 1958), *cert.denied*, 359 U.S. 925; *reharing denied*, 359 U.S. 976
- Taylor v. St. Vicent's Hospital*, 369 F.Supp. 948 (D.C.Mont.1973), *affirmed* 523 F.2d 75
- Taylor v. Claytor*, 601 F.2d 1102 (C.A.Cal.1979)
- Tennessee v. Hodges* (Tenn.Ct.Crim.App. March 22, 1984), 4 RFR 144
- Thomas v. Review Board of Indiana Employment Sec. Division*, 450 U.S. 707 (1981)
- Thomson v. U.S.*, 474 F.2d 323 (C.A.Wash. 1973)
- Thornburgh v. American College of Obstetricians and Gynecologists*, 476 U.S. 747 (1986)
- Tooley v. Martin-Marietta Corp.*, 696 F.2d 1244 (9th Cir. 1981)
- Tramm v. Porter Memorial Hospital et al.*, 128 F.D.R. 666, 1989 U.S. Dist. Lexis 16391
- Turner v. U.S.*, 410 F.2d 837 (C.A. Fla., 1969)
- Turpen v. Missouri-Kansas-Texas Railroad Co.*, 736 F.2d 1022 (5th Cir. 1984)
- TWA v. Hardison*, 432 U.S. 63 (1977)
- U.S. v. American Friends Service Commitee*, 419 U.S. 7 (1974)
- U.S. v. Andrews*, 446 F.2d 1086 (C.A.Okl. 1971)
- U.S. v. Baechler*, 509 F.2d 13 (N.C.1974), *cert. denied*, 421 U.S. 993
- U.S. v. Balckwell*, 310 F.Supp.1152 (D.C.Me.1970)
- U.S. v. Bartell*, 144 F.Supp. 793 (D.C.N.Y., 1956)
- U.S. v. Bertram*, 477 F.2d 1329 (C.A.Colo.1973)
- U.S. v. Bland*, 283 U.S. 636 (1931)
- U.S. v. Board of Education for the School Distr. of Phil.*, 911 F.2d 882 (3rd Cir. 1990)
- U.S. v. Boardman*, 419 F.2d 110 (C.A.Mass., 1969), *cert. denied* 90 S.Ct. 1124, 397 U.S. 991.
- U.S. v. Brown*, 423 F.2d 751 (C.A.Pa., 1970), *cert. denied*, 401 U.S. 966
- U.S. v. Broyles*, 423 F.2d 1299 (4th Cir.1970)
- U.S. v. Burns*, 450 F.2d 44 (C.A.Colo.1971)
- U.S. v. Cabbage*, 430 F.2d 1037 (C.A.Tenn.1970)
- U.S. v. Cain*, 149 F.2d 338 (1945)
- U.S. v. Carroll*, 398 F.2d 651 (C.A.N.J., 1968)
- U.S. v. City of Albuquerque*, 545 F.2d 110 (1976)
- U.S. v. Clinton*, 310 F.Supp. 333 (D.C. La. 1970)
- U.S. v. Coffey*, 430 F.2d 96 (C.A.Cal.1970)
- U.S. v. Corliss*, 280 F.2d 808 (C.A.N.Y.1960); *cert. denied*, 364 U.S. 884.

U.S. v. Corliss, 173 F.Supp. 677 (D.C.N.Y., 1959), affirmed 280 F.2d 808, *cert. denied* 81 S.Ct. 167, *U.S. v. Chaudron*, 425 F.2d 605 (C.A.Mo.1970)
U.S. v. Daniel, 462 F.2d 349 (1972)
U.S. v. Davila, 429 F.2d 481 (C.A. Texas 1970)
U.S. v. Dillon, 294 F.2d 631 (C.A.Ga.1969), *cert. denied*, 396 U.S. 865
U.S. v. Fallon, 407 F.2d 621 (7th Cir. 1969)
U.S. v. Fleming, 344 F.2d 912 (10th Cir. 1965)
U.S. v. Ford, 478 F.2d 169, (C.A.Mass. 1973), *cert. denied*, 414 U.S. 872
U.S. v. Fox, 437 F.2d 419 (C.A.Cal.1971)
U.S. v. Gearey, 379 F.2d 915 (C.A.N.Y.1967), *cert. denied*, 389 U.S. 959
U.S. v. George, 239 F.Supp. 752 (1965)
U.S. v. Hartman, 209 F.2d 366 (C.A.N.Y. 1954)
U.S. v. Haughton, 413 F.2d 736 (9th Cir.1969).
U.S. v. Haworth, 386 F.Supp. 1099 (S.D.N.Y. 1974)
U.S. v. Henderson, 180 F.2d 711 (7th Cir. 1950), *cert. denied*, 339 U.S. 963
U.S. v. Hillyard, 52 F.Supp.612 (E.D.Washington, 1943)
U.S. v. Hodgins, 485 F.2d 549 (C.A.Cal.1973)
U.S. v. Hodgins, 485 F.2d 549 (1973)
U.S. v. Hoepker, 223 F.2d 921 (7th Cir. 1955)
U.S. v. Holmes, 387 F.2d 781 (7th Cir.1968)
U.S. v. Hudson, 431 F.2d 468 (5th Cir. 1970)
U.S. v. Hustinger, 343 F.Supp. 223 (D.C.Minn.1972)
U.S. v. Iverson, 455 F.2d 79 (C.A.N.D.1972)
U.S. v. James, 417 F.2d 826 (C.A.N.C.1969)
U.S. v. Jennings, 473 F.2d 999 (C.A.Ariz.1973), *cert. denied*, 414 U.S. 819
U.S. v. Johnson, 476 F.2d 1251 (C.A.Miss.1973)
U.S. v. Johnson, 459 F.2d 591 (C.A. Wash. 1972)
U.S. v. Kerley, 787 F.2d 1147 (7th Cir.1986)
U.S. v. Kuch, 288 F.Supp. 439 (D.D.C. 1968)
U.S. v. Kuehnau, 349 F.Supp. 1323 (D.C. Wis., 1972)
U.S. v. Kurzyna, 485 F.2d 517 (C.A.N.Y.1973)
U.S. v. Labherz, 129 F.Supp. 444 (D.C.N.J., 1955)
U.S. v. Lee, 455 U.S. 252 (1982)
U.S. v. Lemmens, 430 F.2d 619 (7th Cir.1970)
U.S. v. Lemons, 480 F.2d 1214 (C.A.Ga.1973), *reharing .den.* 480 F.2d 925, *cert.denied*, 415 U.S.

932

- U.S. v. Lemons*, 480 F.2d 1214 (C.A.Ga.1973)
- U.S. v. Lewis*, 638 F.Supp. 573 (1986)
- U.S. v. Lyzun*, 444 F.2d 1043 (C.A.Ill.1971), *cert. denied*, 404 U.S. 948.
- U.S. v. Macintosh*, 283 U.S. 605 (1931)
- U.S. v. Macintosh*, 283 U.S. 605 (1931)
- U.S. v. Malinowski*, 472 F.2d 850 (3rd Cir. 1973), *cert. denied*, 93 S.Ct. 2164.
- U.S. v. McFadden*, 309 F.Supp. 502 (N.D. Cal. 1970)
- U.S. v. Milligan*, 457 F.2d 916 (C.A.Iowa 1972)
- U.S. v. Monroe*, 150 F.Supp. 785 (D.C. Cal., 1957)
- U.S. v. Neamand*, 452 F.2d 25 (C.A.Pa.1971)
- U.S. v. Orr*, 474 F.2d 1365 (C.A.N.Y.1973), *cert. denied*, 414 U.S. 871
- U.S. v. Owen*, 415 F.2d 383 (C.A.Mo.1969)
- U.S. v. Owen*, 415 F.2d 383 (C.A.Mo. 1969)
- U.S. v. Palmer*, 223 F.2d 893 (3rd Cir.1955)
- U.S. v. Pence*, 410 F.2d 557 (C.A. Minn. 1969)
- U.S. v. Perdue*, 469 F.2d 1195 (C.A.Cal. 1972)
- U.S. v. Petersen*, 456 F.2d 1099 (C.A.Minn.1972)
- U.S. v. Reeb*, 433 F.2d 381 (C.A.Cal.1970)
- U.S. v. Reiss*, 478 F.2d 338 (C.A.N.Y.1973)
- U.S. v. Riely*, 484 F.2d 661 (C.A.Ill.1973)
- U.S. v. Rosebear*, 500 F.2d 1102 (C.A.Minn.1974)
- U.S. v. Rush*, 738 F.2d 497 (1st Cir. 1984)
- U.S. v. Schmucker*, 815 F.2d 413 (6th Cir. 1887)
- U.S. v. Schwimmer*, 279 U.S. 644 (1929)
- U.S. v. Seeger*, 380 U.S. 163 (1965)
- U.S. v. Shapiro*, 396 F.Supp. 1058 (1975)
- U.S. v. Sisson*, 297 F.Supp. 902 (D.C.Mass., 1969), *appeal dismissed* 399 U.S. 267
- U.S. v. Sloan*, 302 F.Supp. 596 (D.C.Cal.1969)
- U.S. v. Spears*, 443 F.2d 895 (5th Cir)
- U.S. v. Stewart*, 472 F.2d 1114 (C.A.N.H., 1973)
- U.S. v. Stow*, 474 F.2d 1132 (C.A.Cal.1973)
- U.S. v. Suskin*, 450 F.2d 596 (2d Cir. 1971)
- U.S. v. Thaxter*, 437 F.2d 417 (C.A.Cal.1971)
- U.S. v. Thorn*, 317 F.Supp. 389 (1970)

- U.S. v. Tigerman*, 456 F.2d 54 (C.A.Cal.1971), *cert. denied*, 407 U.S. 914
- U.S. v. Warkentine*, No.82-10078-01(D.Kan.1983)
- U.S. v. Warner*, 284 F.Supp. 366 (D.C. Ariz.,1968)
- U.S. v. Wenzel*, 422 F.2d 1325 (C.A.Cal.1970), *cert. denied*, 402 U.S. 981
- U.S. v. White*, 421 F.2d 487 (C.A.Fla.1969)
- U.S. v. Wilson*, 215 F.2d 443 (C.A.Ind.1954)
- U.S. v. Willson*, 452 F.2d 529 (C.A.Cal. 1971)
- U.S. v. Wood*, 454 F.2d 765 (C.A. Va., 1972)
- U.S. v. Wymer*, 284 F.Supp. 100 (D.C.Iowa, 1968)
- U.S. ex rel. Martinez v. Laird*, 327 F.Supp. 711 (D.C.Fla.)
- U.S. ex rel. Greenwood v. Resor*, 439 F.2d 1249 (C.A.Va. 1971)
- Van Bibber v. U.S.*, 151 F.2d 444 (8th Cir. 1945)
- Walker v. Superior Court (People)*, 253 Cal.Rptr. 1 (Cal. 1988)
- Watkins v. Mercy Medical Center*, 364 F.Supp. 799 (D.C. Idaho, 1973), *affirmed* 520 F.2d 894 (9th Cir. 1975)
- Weber v. Inacker*, 317 F.Supp. 651 (D.C.Pa. 1970)
- Webster v. Reproductive Health Services*, 106 L.Ed.2d 410 (1989)
- Wedmore v. Sidha Corporation International*, no. 35-801-E (S.D. Iowa 1985), 5 RFR 180
- Welsh v. United States*, 398 U.S. 333 (1970)
- Williams v. Southern Union Gas Company*, 529 F.2d 483 (10th Cir.1976)
- Witmer v. United States*, 348 U.S. 375 (1955)
- Wooley v. Maynard*, 430 U.S. 705 (1977)
- Wren v. T.I.M.E.-D.C., Inc.*, 595 F.2d 441 (9th Cir.1979)
- Wright v. Ingold*, 445 F.2d 109 (C.A.Ill.1971)
- Wyoming ex rel. Scholl v. Anselmi*, 640 P.2d 746 (Wyo. 1982), 2 RFR 68
- Yang v. Sturner*, 750 F.Supp. 558 (D. Rhode Island 1990)
- You Vang Yang v. Sturner*, 728 F.Supp. 845 (D.Rhode Island 1990)
- Young v. Southwestern Savings and Loan Association*, 509 F.2d 140 (5th Cir. 1975)
- Zigmond v. Selective Service Local Board No.16*, 396 F.2d 290 (C.A.Mass.1968)

BIBLIOGRAFIA

A. Libros.

Henry J. Abraham, *Freedom and the Court: Civil Rights and Liberties in the United States*, Oxford University Press, New York, 4th y 5th Editions (1982, 1988).

Robert S. Alley, *The Supreme Court on Church and State*, Oxford University Press, New York (1988).

Church-State Resource Center, Campbell University, *Religious Freedom Reporter: Decennial Index*, Buies Creek-N.C. (1992).

Homer H. Clark, Jr., *The Law of Domestic Relations in the United States*, West Publishing Company, St. Paul-Minnesota, 2nd Ed. (1988).

Thomas J. Curry, *The First Freedoms. Church and State in America to the Pasage of the First Amendment*, Oxford University Press, New York (1986).

Derek Davis, *Original Intent: Chief Justice Rehnquist and the Course of American Church-State Relations*, Prometheus Books, Buffalo, N.Y. (1991).

E. Allan Farnsworth, *An Introduction to the Legal System of the United States*, Oceana Publications, 2nd edition, New York (1983).

Lawrence M. Friedman, *Introducción al Derecho Norteamericano*, trad. de Joan Vergé i Grau, Bosch, 1984.

Bryan A. Garner, *A Dictionary of Modern Legal Usage*, Oxford University Press, New York (1987).

Kent Greenawalt, *Conflicts of Law and Morality*, Oxford University Press, New York (1987).

Kent Greenawalt, *Religious Convictions and Political Choice*, Oxford University Press, New York (1988).

Karl N. Llewellyn, *The Case Law System in America*, The University of Chicago Press, Chicago (1989).

J.F. Malem Seña, *Concepto y Justificación de la desobediencia civil*, Ariel (1988).

Robert T. Miller y Ronald B. Flowers, *Toward Benevolent Neutrality: Church, State and the Supreme Court*, Markham Press Fund, Waco, Texas, 3rd. Edition (1987).

Gloria M. Morán, *La Protección Jurídica de la Libertad Religiosa en U.S.A.*, Servicio de Publicaciones de la Universidad de Santiago de Compostela (1989).

Andrés Ollero Tassara, *Derechos Humanos y Metodología Jurídica*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid (1989).

Francesco Onida, *Separatismo e Libertà Religiosa Negli Stati Uniti.- Dagli Anni Sessanta agli Anni Ottanta*, Dott.A.Guifrè, Milano (1984).

Leo Pfeffer, *Religious Freedom*, National Textbook Company-American Civil Liberties Union, Chicago (1977).

Charles E. Rice, *No Execption: A Pro-Life Imperative*, Tyholland Press, Notre Dame-Indiana (1990).

VV.AA. (Ralph C. Chander, Richard A. Enslen, Peter G. Renstrom), *The Constitutional Law Dictionary*, ABC-CLIO Ed., Santa Barbara, Cal., 1985.

VV.AA. (Kathy Levine, Vicki Metcaff, Sabrina Sigal, Peter Goldberger), *War Tax Manual for Counselors and Lawyers*, National War Tax Resistance Coordinating Commitee, East Patchogue (N.Y.), 1985.

VV.AA. (Mircea Eliade, editor in chief), *The Encyclopedia of Religion*, MacMillan Publishing Company, New York (1987).

VV.AA. (Neri Capponi, Livio Amedeo Missir, Francesco Onida, Vittorio Parlato), *Il Separatismo Nella Giurisprudenza Degli Stati Uniti*, Dott.A.Giuffrè, Milano (1968).

VV.AA. (Ronald D. Rotunda, John E. Nowak, J. Nelson Young), *Treatise on Constitutional Law. — Substance and Procedure*, West Publishing Company, St.Paul-Minnesota (1986, actualización de 1990).

VV.AA. (Morris L. Cohen, Robert C. Berring, Kent C. Olson), *Finding the Law. An Abridged Edition of "How to Find the Law, 9th Ed. "*, West Publishing Company, St. Paul-Minnesota (1989).

John F. Wilson, *Church and State in America.- A Bibliographical Guide. The Civil War to the Present Day*, Geenwood Press, Connecticut (1987).

James E. Wood, Jr., *The First Freedom: Religion and the Bill of Rights*, J.M. Dawson Institute of Church-State Studies, Waco-Texas (1990).

James E. Wood, Jr., *Readings on Church and State*, J.M. Dawson Institute of Church-State Studies, Waco-Texas (1989).

U.S. Supreme Court Digest, The Lawyers Co-operative Publishing Company, Rochester-N.Y. (1984).

B. Artículos.

T. Alexander Aleinikoff, *Constitutional Law in the Age of Balancing*, 96 Yale L.J. 943 (1987).

Fernando Américo Cuervo-Arango, *La objeción de conciencia al servicio militar: especial referencia al derecho español*, Anuario de Derechos Humanos, núm. 3, pág. 11 (1985).

Gloria T. Beckley y Paul Burstein, *Religious Pluralism, Equal Opportunity*, 44 Western Political Quarterly 185 (1991).

Harold J. Berman, *Religious Freedom and the Challenge of the Modern State*, 39 Emory L.J. 149 (1990).

Lawrence J. Black, *Quakers and the Problem of Conscientious Objectors in Prusia*, 20 JCS 305 (1978).

Robert Bennett, *Child Medical Care Decisionmaking Authority: A Suggested Interest*, 62 Va.L.Rev. 285 (1976).

David D. Cook, *War Tax Refusal Under the Free Exercise Clause*, Wis.L.Rev. 753 (1980).

Lawrence L. Curtice, *Judicial Review of Selective Service*, 56 Calif.L.Rev. 448 (1968).

Spencer E. Davis, *Constitutional Right or Legislative Grace? The Status of Conscientious Objection Exemptions*, 19 Florida State University Law Rev. 191 (1991).

James Davison Hunter, *Sobre el Humanismo Secular*, 2 Facetas 65 (1991).

Robert A. Destro, *The 1989 Term of the US Supreme Court*, 1 Cuaderni di Diritto e Politica Ecclesiastica 333 (1989).

Charles R. DiSalvo, *Wordl Peace Tax Fund Act*, 31 DePaul L.Rev. 497 (1982).

W. Cole Durham, Mary Anne Q. Wood y Spencer J. Condie, *Accommodation of Conscientious Objection to Abortion*, B.Y.U.L.Rev. 253 (1982).

John C. Ford, S.J., *Refusal of Blood Transfusions*, 10 Catholic Lawyer 212 (1964).

C. T. Foster, *Free Exercise as Defense To Prosecution for Narcotic Drug Offense*, 35 ALR3d 939.

Frederick Mark Gedicks, *Public Life and Hostility to Religion*, 78 Va.L.Rev. 671 (1991).

Donald A. Giannella, *Religious Liberty, Nonestablishment and Doctrinal Development. Part II.- The Nonestablishment Principle*, 81 Harv.L.Rev. 513 (1968).

Donald A. Giannella, *Religious Liberty, Nonestablishment and Doctrinal Development. Part I.- The Religious Liberty Guarantee*, 80 Harv.L.Rev. 1381 (1967).

Diane Gleason Irons, *Religious Discrimination in Employment*, 29 JCS 253 (1987).

Mary Ann Glendon/Raul F. Yanes, *Structural Free Exercise*, 90 Mich.L.Rev. 477 (1991).

José M. González del Valle, *Objeción de Conciencia y Libertad Religiosa e Ideológica en las Constituciones Española, Americana, Alemana, Declaraciones de la O.N.U. y Convenio Europeo, con Jurisprudencia*, Revista de Derecho Privado, abril 1991, pág. 275.

James D. Gordon, *Free Exercise on the Mountaintop*, 79 Calif.L.Rev. 91 (1991).

Cynthia A. Gray, *Comment: The World Peace Fund Act*, 74 Nw.U.L.Rev. 76 (1979).

Kent Greenawalt, *All or Nothing at all: The Defeat of Selective Conscientious Objector*, Sup.Ct.Rev. 31 (1971).

Kent Greenawalt, *Religion as a Concept in Constitutional Law*, 72 Calif.L.Rev. 753 (1984).

Walter S. Griggs, *The Selective Conscientious Objector: A Vietnam Legacy?*, 21 JCS 93 (1979).

Andrew Grubb, *Participating in Abortion and the Conscientious Objector*, The Cambridge L.J. 162 (1988).

Javier Hervada, *Libertad de Conciencia y Error sobre la moralidad de una terapéutica*, 11 *Persona y Derecho* 13 (1984).

J. Andrew Hoerner, *Render Unto Caesar? Confrontation Looms Over Tax Resisters*, *Tax Notes* 1169 (1989).

Walter Houston Clark, *Religious Aspects of Psychedelic Drugs*, 56 *Calif.L.Rev.* 86 (1968).

Ivan C. Iban, *Comentario a la Sentencia de la Federal Supreme Court de los Estados Unidos de América, n. 88-1213, de 17 de abril de 1990, en el caso Employment Division, Department of Human Resources of Oregon, et al., petitioners v. Alfred L. Smith et al.*, 43 *Cuadernos de Política Criminal* 183 (1991).

Ivan C. Iban, *Licenziamento Causato Dall'uso di Sostanze Stupefacenti E Libertà Religiosa in una Sentenza della Corte Suprema degli Stati Uniti nel commento di un Giurista Spagnolo*, 12 *Giurisprudenza Costituzionale* 3483 (1990).

Gregg Ivers, *Organized Religion and Supreme Court*, 32 *JCS* 775 (1990).

Phillip E. Johnson, *Religion in Constitution: Concepts and Compromise*, 72 *Calif.L.Rev.* 819 (1984).

Daniel J. Kearney, *Parental Failure to Provide Child with Medical Assistance Based on Religious Beliefs Causing Child's Death.- Involuntary Manslaughter in Pennsylvania*, 90 *Dickinson L.Rev.* 861 (1985).

Alfred G. Killilea, *Privileging Conscientious Dissent: Another Look at Sherbert v. Verner*, 16 *JCS* 197 (1974).

Barbara B. Knight, *Religion in Prison*, 26 *JCS* 437 (1984).

- Katherine A. Knopoff, *Can a Pregnant Woman Morally Refuse Fetal Surgery?*, 79 Calif.L.Rev. 499 (1991).
- Douglas Laycock, *Towards a General Theory of the Religion Clauses: The Case of Church Labor Relations and the Right to Church Autonomy*, 81 Colum. L.Rev. 1373 (1981).
- Lynn R. Ledbetter, *Constitutional Law.- Johson v. Motor Vehicles*, B.Y. U.L.Rev. 471 (1980).
- Franklin Hamlin Littell, *Religious Freedom in Contemporary America*, 31 JCS 219 (1989).
- Ira C. Lupu, *Where Rights Begin: The Problem of Burdens on the Free Exercise of Religion*, 102 Harv.L.Rev. 933 (1989).
- Ira C. Lupu, *Recostructing the Establishment Clause*, 140 U.Pa.L.Rev. 555 (1991).
- John H. Mansfield, *Religion Clauses and the Philosophy of the Constitution*, 72 Calif.L.Rev. 847 (1984).
- William P. Marshall, *Defense of Smith and Free Exercise Revisionism*, 58 U.Chi.L.Rev. 308 (1991).
- Javier Martínez-Torrón, *Las Objeciones de Conciencia y los Intereses Generales del Ordenamiento*, Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense de Madrid, no. 79, 199 (1992).
- Javier Martínez-Torrón, *La objeción de conciencia en la jurisprudencia del Tribunal Supremo Norteamericano*, Anuario de Derecho Eclesiástico, vol. I, 395 (1985).

Michael W. McConnell, *Religious Freedom at a Crossroads*, 59 U.Chi.L.Rev. 115 (1992).

Michael W. McConnell, *Accommodation to Religion: An Update and a Response to the Critics*, 60 Geo.Wash.L.Rev. 685 (1992).

Michael W. McConnell, *The Religion Clauses of the First Amendment: Where is the Supreme Court Heading?*, 32 Catholic Lawyer 187 (1988).

Michael W. McConnell, *A Response to Prof. Marshall*, 58 U.Chi.L.Rev. 329 (1991).

Michael W. McConnell, *Free Exercise Revisionism and the Smith decision*, 57 U.Chi.L.Rev. 1109 (1990).

Michael W. McConnell, *Origins and Historical Understanding of Free Exercise of Religion*, 103 Harv.L.Rev. 1409 (1990).

Michael W. McConnell, Richard A. Posner, *An Economic Approach to Issues of Religious Freedom*, 56 U.Chi.L.Rev. 1 (1989).

Daniel John Meador, *Judicial Determination of Military Status*, 72 Yale L.J. 1293 (1963).

Robert T. Miller, *Religious Conscience in Colonial New England*, 1 JCS 19 (1959).

Robert E. Montgomery, *The In-Service Conscientious Objector*, 56 Calif.L.Rev. 379 (1968).

Gloria M. Morán, *Jurisprudencia Comentada: Sentencias decididas por el Tribunal Supremo Norteamericano sobre la libertad religiosa en 1986, 1987 y 1988*, 1 Cuaderni di Diritto e Politica Ecclesiastica 302 (1989).

J. Morris Clark, *Guidelines for the Free Exercise Clause*, 83 Harv.L.Rev. 327 (1969).

Rafael Navarro-Valls, *La objeción de conciencia al aborto: derecho comparado y derecho español*, Anuario de Derecho Eclesiástico, 1986, pág. 269 y ss.

Rafael Navarro-Valls, Javier Martínez-Torrón, Miguel Angel Jusdado, *La objeción de conciencia a tratamientos médicos: derecho comparado y derecho español*, Las Relaciones entre la Iglesia y el Estado.- Estudios en Memoria del profesor Pedro Lombardía, Edersa-Universidad de Navarra-Universidad Complutense, 1989, pág. 902 y ss.

M. James Penton, *Jehovah's Witnesses and the Secular State*, 21 JCS 55 (1979).

José Luis Pérez de Ayala, *La Etica Fiscal como Problema*, 6 Anuario de Derecho Eclesiástico 265 (1990).

Barbara A. Perry, *Justice Black and Church and State*, 31 JCS 55 (1989).

Leo Pfeffer, *Freedom and Separation: American Contribution to Civilization*, 2 JCS 100 (1959).

John R. Phillips, *Free Exercise: Religion Goes to Pot*, 56 Calif.L.Rev. 100 (1968).

Luis Prieto Sanchís, *La Objeción de Conciencia como forma de desobediencia al Derecho*, Il Diritto Ecclesiastico, I-II (1984), pág. 3 y ss.

Kenneth J. Rampino, *Power of Court or Other Public Agency to Order Medical Treatment Over Parental Religious Objections for Child Whose Life is not Immediately Endangered*, 52 ALR3d 1118.

Barbara J. Redman, *Sabbatarian Accommodation in the Supreme Court*, 33 JCS 495 (1991).

Nancy K. Rhoden, *The Judge in the Delivery Room*, 74 Calif.L.Rev. 1951 (1986).

James T. Richardson y John Dewitt, *Christian Science Spiritual Healing, the Law, and Public Opinion*, 34 JCS 549 (1992).

José María Rojo Sanz, *Objeción de Conciencia y Guerra Justa*, 11 Persona y Derecho 121 (1984).

James E. Ryan, *Smith and the Religious Freedom Restoration Act: An Iconoclastic Assessment*, 78 Va.L.Rev. 1407 (1992).

L.C. Di Stasi, *Power of Courts or Other Public Agencies, in the Absence of Statutory Authority, to Torder Compulsory Medical Care for Adult*, 9 ALR3d 1391.

John V. Stevens, *United States v. Lee, a Second Look*, 26 JCS 455 (1984).

Linda Sugin, *First Amendment Rights of Military Personnel: Denying Rights to those who defend them*, 62 N.Y.U.L.Rev 855 (1987).

Mark Tushnet, *The Constitution of Religion*, 18 Conn. L.Rev. 701 (1986).

Robert L. Trescher, *Medical Care for Dependent Children: Manslaughter Liability of the Christian Scientist*, 109 U.Pa.L.Rev. 203 (1960).

James B. White, *Processing Conscientious Objector Claims: A Constitutional Inquiry*, 56 Calif.L.Rev. 652 (1968).

Charles H. Wilson, Jr., *The Selective Service System*, 54 Calif.L.Rev. 2123 (1966).

John K. Wilson, *Religion Under State Constitutions: 1776-1800*, 32 JCS 753 (1990).

David E. Witheridge, *No Freedom of Religion for American Indians*, 18 JCS 5 (1976).

James E. Wood, Jr., *Abridging the Free Exercise Clause*, 32 JCS 741 (1990).

James E. Wood, Jr., *Civil Disobedience*, 12 JCS 373 (1970).

Notes, *Pre-Induction Availability of the Right to Claim Conscientious Objector Exemptions*, 72 Yale L.J. 1459 (1963).

Notes, *Religious Exemption: A Model of Competing Authorities*, 90 Yale L.J. 350 (1980).

Notes, *Burdens on the Free Exercise of Religion.- A Subjective Alternative*, 102 Harv.L.Rev. 1258 (1989).

Developments: Religion and the State, 100 Harv.L.Rev. 1606 (1987).

Comment, *Mercy Hospital v. Jackson*, Maryland L.Rev. 514 (1987).

Comment, *Constitutionality of Requiring Belief in Supreme Being for Draft Exemption as Conscientious Objector*, 64 Colum.L.Rev. 938 (1964).